

VU Research Portal

Schaarse vergunningen. De verdeling van de schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht

van Ommeren, F.J.

2004

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2004). *Schaarse vergunningen. De verdeling van de schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

MR. F.J. VAN OMMEREN

Schaarse vergunningen



*De verdeling van schaarse vergunningen
als onderdeel van het algemene bestuursrecht*

Schaarse vergunningen

Schaarse vergunningen

De verdeling van schaarse vergunningen
als onderdeel van het algemene bestuursrecht

Rede

in verkorte vorm uitgesproken
bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
‘Staats- en bestuursrecht,
in het bijzonder inzake publiek-private taakvervulling’,
aan de Vrije Universiteit te Amsterdam
op vrijdag 12 november 2004

door

mr. F.J. van Ommeren

KLUWER 

DEVENTER – 2004

Ontwerp omslag: Signia, Winschoten

ISBN 90-13-02042-9

NUR 823-302

© 2004 Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67 34 49.

Inhoud

1. Inleiding	1
1.1 Algemeen en bijzonder bestuursrecht	1
1.2 Schaarse vergunningen	1
1.3 Economische achtergrond	3
1.4 Probleem- en doelstelling	6
1.5 Ter illustratie: Zero-base	8
2. Soorten verdelingsprocedures	9
2.1 Verschillende soorten verdelingsprocedures	9
2.2 Voorrangsregeling	19
2.3 De verdelingsprocedures met elkaar vergeleken	19
3. Het rechtskarakter van de verdelingsprocedures	23
3.1 Gemeenschappelijke beslismomenten	23
3.2 Het concretiserende besluit van algemene strekking	33
3.3 Uitsluiten van de vatbaarheid voor bezwaar en beroep	37
4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	39
4.1 Twee normenstelsels?	39
4.2 Algemene beginselen van aanbestedingsrecht	39
4.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	44
4.4 De verdelingsprocedures	52
5. Geen wettelijke grondslag?	57
6. De verdeling van privaatrechtelijke vergunningen	61
6.1 De privaatrechtelijke vergunning	61
6.2 Ter illustratie: benzinestations en bouwkavels	62
6.3 Gemeenschappelijke beslismomenten	63
7. Overgang van vergunningen	65
7.1 De secundaire markt	65
7.2 Overdracht onder voorwaarden	65
7.3 Geen wettelijke grondslag?	67
7.4 Fusies en overnames	69
8. Slotbeschouwing	70
8.1 Kwaliteits- en capaciteitsregulering	70
8.2 Verdelende rechtvaardigheid	71

8.3	Schaarse vergunningen in de toekomst	73
8.4	Samenvatting en gevolgtrekkingen	74
9.	Dankwoord	78

1. Inleiding

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

1.1 Algemeen en bijzonder bestuursrecht

Deze rede gaat over schaarse vergunningen.¹ Bestuursrecht is voor een belangrijk deel vergunningenrecht. Maar wie de *algemeen* bestuursrechtelijke handboeken naslaat op het lemma 'vergunning', zal worden teleurgesteld. De lezer zal er niet veel van zijn gading aantreffen. Wat hij wel vindt, zijn uitvoerige uiteenzettingen over abstracte begrippen als 'besluit' en 'beschikking'.

De betrekkelijke buitenstaander die wellicht denkt dat in de algemeen bestuursrechtelijke literatuur over vergunningen – en derhalve ook over schaarse vergunningen – veel is geschreven, moet ik dus uit de droom helpen. Dat is overigens begrijpelijk en goed verklaarbaar: de Algemene wet bestuursrecht geeft regels die zich in hoofdzaak op het hoge abstractieniveau richten van regels over bestuurlijk verkeer, besluiten, beschikkingen, beleidsregels enz. Een vergunning is een bepaald soort beschikking.

Dat is anders in de *bijzondere* delen van het bestuursrecht, zoals het milieurecht, het ruimtelijk ordeningsrecht, het vreemdelingenrecht, het energierecht of het telecommunicatierecht. Daar wordt wel degelijk aandacht aan de vergunning als rechtsfiguur besteed, zoals aan de milieuvergunning, respectievelijk de bouwvergunning, de verblijfsvergunning, de leveringsvergunning of de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte. De vergunning vervult in de bijzondere delen van het bestuursrecht een belangrijke en centrale rol.

Wat in het algemeen deel van het bestuursrecht vrijwel ontbreekt, is aandacht voor de plaats van de vergunning en de uiteenlopende procedures op grond waarvan vergunningen worden verleend. Over schaarse vergunningen vindt men al helemaal geen woord.

1.2 Schaarse vergunningen

Laat ik, om te beginnen, meteen een voorbeeld geven van een velen van u ongetwijfeld bekende schaarse vergunning: de parkeervergunning. De Vrije Universiteit is in Amsterdam gelegen, dus neem ik de Amsterdamse parkeervergunning tot voorbeeld, maar sommige andere gemeenten kennen een min of meer vergelijkbaar systeem. Omdat hier een tekort aan openbare parkeer-

1. Bij de voorbereiding van deze rede heb ik – in verschillende stadia – veel gehad aan de gedachtewisseling met Gerdy Jurgens, Jos van Ommeren, Nico Verheij en Kirsten Wilkeshuis, die ik allen daarvoor hartelijk dank.

plaatsen is, is voor de bewoners van de stad een voorziening getroffen met behulp van een stelsel van parkeervergunningen. De parkeervergunning wordt verdeeld volgens de methode van 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Het bezwaar daarvan zijn lange wachtlijsten – de wachttijd voor het verkrijgen van een vergunning kan oplopen tot meer dan vijf jaar – en een weinig flexibel stelsel. Ik kom daarop zo nog terug.

De uitdrukking 'schaarse vergunning' is bepaald geen standaardbegrip in het bestuursrecht. Wat moet onder een schaarse vergunning worden verstaan? Een vergunning is schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen. Kenmerkend voor schaarse vergunningen is dat er een vergunningenplafond geldt. Met andere woorden: er is een maximumaantal te verlenen vergunningen vastgesteld. Het tot verlening bevoegde bestuursorgaan staat voor het keuzevraagstuk aan welke van de aanvragers het de vergunning zal verlenen. Niet schaars in deze zin is een vergunning waarvoor de aanvrager slechts aan bepaalde (kwalitatieve) voorwaarden moet voldoen. Een bouwvergunning bijvoorbeeld kan wel als schaars worden bestempeld, omdat ten-einde haar te verkrijgen in het bijzonder moet worden voldaan aan het bestemmingsplan, maar zij is dat niet in de hier bedoelde betekenis.²

Schaarse vergunningen vertegenwoordigen al vlug een zekere financiële waarde. De overheid staat bij de inrichting van een vergunningstelsel met schaarse vergunningen in beginsel voor de keus of zij de vergunningen om niet ter beschikking stelt (men spreekt wel van 'grandfathering') of dat zij er een bepaalde geldsom voor vraagt. De hoogte van het bedrag kan van tevoren vast staan – in absolute zin of bijvoorbeeld als percentage van de behaalde omzet op grond van de vergunde activiteit – of afhangen van de hoogte van een financieel bod. Vanzelfsprekend speelt bij de eventuele overgang van de vergunning de waarde een grote rol.

Het begrip vergunning wordt in deze rede ruim opgevat. Onder een vergunning versta ik het besluit van het daartoe bevoegde bestuursorgaan om een uitzondering te maken op een algemeen gesteld wettelijk gebod of verbod. Het begrip vergunning kan dus zowel betrekking hebben op een ontheffing, een vrijstelling, een concessie, als een vergunning in enge zin.³ In al deze gevallen wordt toestemming verleend.

De vergunning is een publiekrechtelijke rechtsfiguur. Er zijn ook privaatrechtelijke vergunningen. Daaraan besteed ik aandacht in paragraaf 6. Tot op zekere hoogte gaat hetgeen hier wordt gezegd ook op voor de verdeling van subsidies. Nog veel ruimer is het onderwerp schaarse *rechten*, ook in het privaatrecht. Men zie daarover: W.J. Slagter, *Schaarse rechten*, afscheidscollege EUR, Deventer 1989; ook opgenomen in: Slagter over *eigendom. Beschouwingen over privaatrecht, vennootschapsrecht en effectenrecht*, Deventer 2003.

2. Men zie de slotbeschouwing voor meer nuances.

3. Deze ruime opvatting gaat terug op het klassieke werk van C.W. van der Pot, *De vormen van besturen* (1932). Zie thans Van/Wijk Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 12e druk 2002, p. 188, 189.

1.3 Economische achtergrond

Schaarste is bij uitstek een fenomeen dat een rol speelt in de wereld van de economie. Voor een goed begrip is het dan ook zinvol kort iets te zeggen over de economische achtergrond van de schaarse vergunning. Economen richten zich op marktwerking, de zogenaamde 'onzichtbare hand'. Marktwerking is geen doel op zichzelf, maar een middel om zo efficiënt mogelijk met schaarste om te gaan. In een markt waarin vragers en aanbieders slechts hun eigen belang (eigen nut of welbevinden zeggen economen) nastreven, wordt uiteindelijk ook het algemeen belang (gemeenschappelijk nut of welbevinden) maximaal gerealiseerd, zo is de klassieke veronderstelling.

Zou de markt perfect werken, dan is ingrijpen van de overheid niet nodig. Maar dat is niet altijd het geval. Markten kunnen om verschillende redenen falen. Een veel voorkomende reden is dat er sprake is van marktmacht. Andere belangrijke redenen voor het falen van markten zijn dat er zich externe effecten voordoen, dat er sprake is van collectieve goederen of dat de markt onvoldoende doorzichtig is. Er zijn, zo vervolgen de economen, verschillende manieren om het marktfalen tegen te gaan. Dat is het moment waarop in deze gedachtegang de overheid – de zichtbare hand – om de hoek komt kijken.

Aangezien het een economische vakterm is, behoeft de term 'externe effecten' wellicht enige uitleg. Economen spreken van 'externe effecten' als zij doelen op de ongeprijsde effecten die individuen buiten de markt om op elkaar uitoefenen. Externe effecten treden op als het gedrag van het ene individu een onbedoeld maar direct gevolg heeft voor het welbevinden van een ander, zonder dat er sprake is van markttransacties ten aanzien van dit welvaartseffect. Zij heten dus 'extern' omdat ze buiten de werking van de markt vallen. Bekende voorbeelden van extern effecten zijn geluids- of stankoverlast of files in het verkeer. Een heldere uiteenzetting over externe effecten geeft E.T. Verhoef, *Rijen? De economie van verkeerscongestie en andere stedelijke externaliteiten*, oratie VU 2003.

Een markt kan op verschillende manieren worden geordend. Bij de ordening van de markt dient rekening te worden gehouden met de aard van de markt-imperfecties en de fysieke en technische kenmerken van de sector waarop de markt betrekking heeft. Het is tamelijk gangbaar om verschillende marktordeningvormen te onderscheiden, naar gelang de vorm van concurrentie die zich voordoet. Een inzichtelijke indeling is mijns inziens de volgende:

- concurrentie *tussen* marktsegmenten;
- concurrentie *op* de markt;
- concurrentie *om* de markt;
- maatstafconcurrentie en 'benchmarking'.

De Nota 'Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren' bevat een vergelijkbare indeling (Kamerstukken II, 1999/00, 27 018, nr. 1, p.16 e.v.). Het model is primair geschreven ten behoeve van de marktordening van netwerksectoren, maar kan ook ruimer worden gebruikt. Een voorbeeld van concurrentie tussen marktsegmenten (de nota spreekt van concurrentie tussen infrastructuur) biedt de markt voor mobiele telefonie, waar verschillende aanbieders

eigen netwerken hebben. Een voorbeeld van concurrentie op de markt (op de infrastructuur) biedt de taximarkt: er is slechts één netwerk, waarop onderling mag worden geconcentreerd. Een voorbeeld van concurrentie om de markt biedt het stads- en streekvervoer, waar het concurrentiemoment ligt bij de competitie om de verkrijging van de markt, maar waar een eenmaal toegelaten onderneming voor een bepaalde periode op haar deel monopolist is. Een voorbeeld van benchmarking – met andere woorden: ‘kijk en vergelijk’ – biedt de drinkwatersector.

De reden om zo in den brede marktwerking te willen introduceren, is dat de markt superieur wordt geacht in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod. Achterliggende gedachte is dat het marktmechanisme efficiëntere en dus betere resultaten oplevert dan beslissingen van de overheid, die in de economie dan ook met een pejoratieve term als ‘paternalistisch’ worden aangeduid.

Vooraf in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw was de gedachte dominant – niet alleen bij economen – dat het een goede zaak was op veel terreinen waar traditioneel de overheid de touwtjes strak in handen had, meer marktwerking te introduceren. Men denke bijvoorbeeld aan de oude overheidsmonopolies ten aanzien van de nutsvoorzieningen. Een dergelijke markt kan één van de hiervoor genoemde ordeningsvormen hebben. De Europese Gemeenschap, die, zoals bekend, is gebaseerd op het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging (vgl. art. 4 lid 1 EG-Verdrag), vormde voor deze gedachte een belangrijke bron van inspiratie. Dit leidde tot een golf van liberalisering en privatiseringen. Kort gezegd, betreft liberalisering het invoeren van concurrentie(prikkels) in een sector. Onder privatisering is in dit verband te verstaan het afstoten, uitbesteden of verzelfstandigen van overheidstaken. De vele Europese richtlijnen die hierop betrekking hebben, hebben geleid tot veel implementatiewetgeving waarin men deze doelstellingen terugziet. Liberalisering en privatisering worden, omdat het zo'n ingrijpend proces is, veelal gefaseerd doorgevoerd. Steeds is dit beleid erop gericht meer marktwerking op alle onderdelen van een bepaalde sector mogelijk te maken. Een belangrijk aspect daarvan is de vereenvoudiging van de toetreding tot de markt voor (nieuwe) marktpartijen.

Inmiddels is met de jongste kabinetten in politiek Den Haag het geloof in de werking van de markt ietwat op zijn retour. Er worden althans minder wonderen van verwacht. Dit betekent niet dat het marktdenken van de baan is – dat zou onder de vigeur van het EG-Verdrag ook moeilijk kunnen – maar wel dat het streven nog sterker erop is gericht dat de overheid voldoende grip houdt op de markt en waar nodig moet kunnen bijsturen.

Er zijn veel wegen waarlangs de overheid een markt gestalte kan geven, kan ingrijpen in een markt of een markt anderszins kan reguleren. Dat kan onder meer met behulp van een stelsel van vergunningen. Andere instrumenten hiervoor zijn onder meer het opleggen van belastingen en andere heffingen, het toekennen van subsidies en het vaststellen van tarieven en andere vormen van prijsbeleid. In de economie heeft men over het algemeen een voorkeur voor (direct) prijsbeïnvloedende instrumenten.

Het zou een misverstand zijn te menen dat de vergunning alleen geschikt is voor het vormgeven van de marktordening. Weliswaar is zij daarvoor een belangrijk instrument, maar evenzeer is zij bijvoorbeeld van belang voor het

reduceren van de gevolgen van externe effecten. De vergunning is niet alleen van belang voor het reguleren van de toegang tot de markt, maar ook voor de afgeleide markten. Hoe paradoxaal dit ook moge klinken, ten gevolge van de liberalisering en privatisering ontstaan er steeds meer stelsels met vergunningen; en wel te verstaan: schaarse vergunningen.

Terug nu naar het voorbeeld van de Amsterdamse parkeervergunning. Ook daar zou van het marktmechanisme gebruik kunnen worden gemaakt. Toen ik nog in deze stad woonde en op een gegeven ogenblik geen parkeervergunning meer nodig had, vroeg mijn buurman mij of hij mijn parkeervergunning kon overnemen. Hij was bereid mij daar maandelijks een niet te verwaarlozen bedrag voor te betalen, want als autoliefhebber had hij daar wel wat voor over. Dat leek mij wel aantrekkelijk, maar ik deed dat toch maar niet; want ik wist, net als hij trouwens, dat zoiets niet mag, en als je dat dan toch doet, dan kan daarvan veel gedoe komen.⁴ De parkeervergunning is dus niet overdraagbaar, hoewel daar soms zeker behoefte aan kan bestaan en het zeer te betwijfelen valt of daar, op de keper beschouwd, zoveel tegen is.

De vraag is of niet een beter systeem denkbaar is om deze vergunning te verlenen. Tegen de economische achtergrond beschouwd, is het wenselijk dat degene die het meest voor de vergunning over heeft, de vergunning verkrijgt. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat een markt van parkeervergunningen wordt gecreëerd, waarin iedere meerderjarige bewoner van een zelfstandige woning een parkeerrecht krijgt verstrekt. Van belang is dat ook de bewoners die geen vergunning nodig hebben, een parkeerrecht krijgen.⁵ Voor een bepaald aantal parkeerrechten kan men een parkeervergunning krijgen. Het parkeerrecht is overdraagbaar. Voor velen zal het interessant zijn het parkeerrecht van de hand te doen. Anderen zullen bereid zijn een bepaalde geldsom te betalen om dit recht te verkrijgen. Er zijn evenveel rechten als bewoners van zelfstandige woningen; er zijn vrijwel evenveel vergunningen als openbare parkeerplaatsen. Waar het om gaat, is hoeveel rechten nodig zijn voor het verkrijgen van een vergunning. Die beslissing is aan het gemeentebestuur: het gemeentebestuur stelt per vergunninggebied vast hoeveel rechten voor een vergunning nodig zijn. Dit lijkt een rechtvaardiger manier van verdelen dan de huidige methode waarbij de volgorde van ontvangst van de aanvraag bepalend is. Dit voorbeeld klinkt misschien wat futuristisch en tot op zekere hoogte is het dat ook, maar op andere terreinen bestaan al zeer ver gevorderde plannen om een dergelijk systeem op te zetten.

Kortom, de omstandigheid dat een vergunning schaars is, biedt de mogelijkheid om haar met behulp van een *concurrentiemechanisme* te verdelen; maar dat hoeft niet per se, zoals de huidige Amsterdamse parkeervergunning al liet zien.

4. De reden dat overdracht van de vergunning illegaal is, is dat het systeem met de wachtlijst daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist, zie paragraaf 7.
5. Opmerkelijk genoeg laat M. Peeters, *Marktconform milieurecht*, diss. KUB 1992, p. 83 in haar overigens interessante boek juist deze situatie uitdrukkelijk buiten beschouwing.

1.4 Probleem- en doelstelling

Het gaat mij in deze rede primair om de initiële verdeling van schaarse vergunningen, dus vóór de eventuele overgang van de vergunning. In paragraaf 7 komen enige gevolgen voor de secundaire markt aan de orde.

Op welke wijze behoort de overheid de vergunningen te verdelen? Mijns inziens is het niet zonder meer vanzelfsprekend voor het verdelingsmechanisme te kiezen van 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Dat bleek al uit het gegeven voorbeeld. Waar het mij om gaat, is te bezien, of vanuit een oogpunt van verdelende rechtvaardigheid er geen betere alternatieven kunnen worden bedacht. Wanneer dient voor welk soort verdelingsprocedure te worden gekozen? Ik zal in deze rede laten zien dat de keuze voor het ene of het andere systeem – anders dan veelal wordt gedacht – niet alleen een economische maar ook een juridische keuze is.

In de bestuurspraktijk komt het vaak voor dat juristen eerst aan het eind van het bestuurlijke proces worden benaderd. Op economische of andere gronden zijn al min of meer definitieve keuzen gemaakt en vervolgens is het aan de jurist een en ander in het vat te gieten. De jurist rest dan vaak niets anders dan te zeggen dat de gemaakte keuzen (eigenlijk) niet goed realiseerbaar zijn. Uiteraard is een dergelijke werkwijze weinig doelmatig en overigens ook uiterst onbevredigend voor betrokkenen.

Het is zelfs de vraag welke soorten verdelingsprocedures er zijn en waarin zij – door een juridische bril bekeken – van elkaar verschillen. Dat is allesbehalve helder. Er zijn verschillende wegen waarlangs de verdelingsprocedures in kaart kunnen worden gebracht. Wanneer zij vanuit juridisch oogpunt worden geïnventariseerd en geanalyseerd, wordt het mogelijk met juridische argumenten te zeggen waarom in een bepaald geval de ene of de andere procedure de voorkeur verdient.

Die juridische argumenten dienen vervolgens beschouwd te worden naast de economische, de sociaal-wetenschappelijk & technische en de politiek-bestuurlijke argumenten. Aldus – terecht – I.TH.M. Snellen, *Boeiend en geboeid, Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde*, oratie KUB, Alphen aan den Rijn 1987 en ibidem, *Domeinconflicten tussen recht en beleid*, oratie EUR, Alphen aan den Rijn 1989. Een dergelijke beschouwing valt buiten het bestek van deze rede.

Maar niet alleen de onderlinge verschillen van de verdelingsprocedures zijn interessant. Ook is van belang op welke punten zij, vanuit juridisch oogpunt bezien, gemeenschappelijke aspecten hebben. Mijn doelstelling met deze rede is een bijdrage aan het algemeen deel van het bestuursrecht te leveren. Het in kaart brengen van de procedures heeft tot gevolg dat de samenhang tussen de verschillende procedures inzichtelijker wordt en daarmee ook de gevolgde systematiek. Door de plaats in de algemene systematiek van het bestuursrecht op te sporen, treedt het rechtskarakter helder aan het licht. Uit een oogpunt van eenheid, eenvoud, begrijpelijkheid en toegankelijkheid van het bestuursrecht – en in het belang van de rechtszekerheid – heeft ieder gemeenschappelijk aspect in het algemene bestuursrecht hetzelfde rechtskarakter. Het kan

niet zo zijn dat zonder aanwijsbare redenen het vergunningenplafond in de ene procedure een ander rechtskarakter heeft dan in de andere procedure.

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is op deze gedachte gestoeld. De doelstellingen van de Awb zijn het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving, het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van wetgeving, het codificeren van jurisprudentie en het treffen van algemene voorzieningen. De problematiek van de schaarse vergunningen speelt vooral in het economisch bestuursrecht, maar zeker niet alleen op dat terrein. Juist die bijzondere achtergrond maakt de vraag naar de verhouding met het algemene bestuursrecht extra interessant.

De vraag rijst welke plaats figuren als het vergunningenplafond, de selectiebeslissing, de wachtlijst en de loting – over alle kom ik hierna nog uitvoerig te spreken – op het tableau van het algemene bestuursrecht innemen. Hoe moeten deze figuren worden gerubriceerd? Welk rechtskarakter hebben zij? In hoeverre zijn zij vatbaar voor bezwaar en beroep? Door het naast elkaar plaatsen van de verschillende beslismomenten kunnen zij met elkaar worden vergeleken en wordt duidelijk in hoeverre zij hetzelfde rechtskarakter hebben dan wel van elkaar verschillen.

Voorts is het de vraag in hoeverre de toepasselijke rechtsnormen per soort procedure van elkaar verschillen en in hoeverre ze met elkaar overeenstemmen. Wat is de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wanneer zij worden toegepast op de verdelingsprocedures? Aan de hand van een analyse van de toepasselijke rechtsnormen komen ook de – inherente en contingente – verschillen tussen de verdelingsprocedures en de punten van overeenstemming scherper in beeld. Het zijn deze vragen die in deze rede centraal staan.

Bij de verdeling van schaarse vergunningen rijzen ook mededingingsrechtelijke vragen. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of en in hoeverre het gratis ter beschikking stellen van schaarse vergunningen een ongeoorloofde steunmaatregel is. Te denken valt ook aan de situatie dat door het veilen van vergunningen het risico bestaat dat een of meer ondernemingen een machtspositie kunnen verwerven op de relevante markt. Hoewel het belangrijke en interessante vragen zijn, valt dit soort vragen buiten het bestek van deze rede. Dit soort vragen valt ook buiten de reikwijdte van een leerstoel op het gebied van het Staats- en bestuursrecht.

Voor het mededingingsrecht verwijs ik graag naar de desbetreffende leerstoelen en de leerstoelen Europees bestuursrecht aan de VU en in den lande. De NMa was overigens desgevraagd van mening dat ten aanzien van Zero-base (waarover hierna meer) op grond van de voorgenomen herverdeling geen reden is om aan te nemen dat een economische machtspositie kan ontstaan of wordt versterkt (Openbaar advies 2126/17).

Omdat het verschijnsel schaarse vergunningen eerst betrekkelijk recent in de aandacht is komen te staan, rijzen er ook veel vragen naar de doeltreffendheid van deze rechtsfiguur. Zo valt er bijvoorbeeld over te twisten of en in hoeverre de verplichte aanbesteding van het stads- en streekvervoer een succes is. Ook

dit soort vragen valt buiten het bestek van deze rede. Dit soort vragen hoort thuis in de rechtssociologie en de economie en valt dus ook buiten de reikwijdte van mijn leerstoel.

Met betrekking tot de aanbesteding van het stads- en streekvervoer blijkt overigens uit recent onderzoek van de reizigersvereniging Rover dat de resultaten heel verschillend zijn (Stcrt. 2004, nr. 144, p. 2). Uit ander onderzoek blijkt dat de doelen van de Wet personenvervoer 2000 zowel in de aanbestede als in de niet-aanbestede gebieden nauwelijks worden gehaald (Stcrt. 2004, 173, p. 3).

Het lijkt zinvol nog even een opmerking te maken over de gebruikte terminologie. Ik spreek in deze rede doorgaans over 'verdelingsprocedures'. Dat doe ik omdat de hier aangesneden problematiek in de kern over een verdelingsvraagstuk gaat. Door het gebruik van de term 'verdeling' komt de nadruk ook meer te liggen op de keuze voor de ene procedure boven de andere. Daarover gaat het in deze rede in belangrijke mate. Economen spreken over 'allocatiemechanismen'. De verdelingsprocedures die in deze rede worden besproken, zijn een bepaald soort allocatiemechanismen. In het bestuursrecht spreekt men meestal over 'verleningsprocedures'. Maar zoals hierna zal blijken, is de verlening eigenlijk alleen de laatste stap in een veel omvangrijker verdelingsproces. Bovendien zijn er veel verleningsprocedures die geen betrekking hebben op de verdeling van schaarste in de hier bedoelde zin.

1.5 *Ter illustratie: Zero-base*

Ten slotte een kort woord over het gebruik van voorbeelden in deze rede. Ik heb er naar gestreefd voorbeelden met verschillende achtergronden te kiezen, zodat helder wordt geïllustreerd dat het hier om een vraagstuk gaat dat op verschillende deelterreinen van het bestuursrecht speelt. Voor uitweidingen en wat meer diepgang zal ik echter, waar zinvol en mogelijk, steeds teruggrijpen naar hetzelfde voorbeeld, te weten naar de herverdeling van de frequentieruimte voor commerciële radio in de ether. De herverdeling van deze vergunningen staat bekend onder de naam: 'Zero-base'. In mei vorig jaar zijn de daarvoor benodigde vergunningen (opnieuw) verleend.⁶ U herinnert zich dat vast nog wel, want vanaf dat moment kregen veel radiostations opeens een andere frequentie toebedeeld, met als gevolg dat velen hun vertrouwde radiostation niet meer goed konden vinden. Na enige tijd waren de meeste mensen waarschijnlijk aan de nieuwe frequentieverdeling wel weer gewend.⁷

6. Aangezien ik tevens werkzaam ben bij het ministerie van Justitie, hecht ik eraan te vermelden dat ik bij de werkzaamheden aan dit dossier niet was betrokken.

7. Zie over Zero-base: S. Huisjes, M.S. Neervoort, Verdeling van FM-frequenties: 'dan liever de lucht in!', *Computerrecht* 2002, p. 225 e.v. en in algemene zin over de verdeling van frequentieruimte M.L. Verberne, *Verdeling van het spectrum*, Deventer 2000 (ITeR-reeks 27). Nuttige achtergrondinformatie over dit rechtsgebied biedt: E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag 1999.

2. Soorten verdelingsprocedures

2.1 *Verschillende soorten verdelingsprocedures*

Vergunningen worden meestal verleend op volgorde van ontvangst van de aanvraag. Voor schaarse vergunningen ligt dat anders. Die kunnen uiteraard ook met behulp van deze methode worden verdeeld, maar er is ook een aantal andere procedures denkbaar.

Ik zal nu een korte beschrijving geven van de verschillende soorten verdelingsprocedures, ieder voorzien van een of meer voorbeelden. Oogmerk van deze exercitie is de belangrijkste soorten verdelingsprocedures in kaart te brengen met de belangrijkste eigenschappen waarin zij van elkaar verschillen. Dit is van belang omdat op grond hiervan meer rationeel voor de ene of de andere procedure kan worden gekozen. Het staat niet zonder meer vast welke procedures zozeer van elkaar verschillen – althans uit juridisch oogpunt wezenlijke verschillen vertonen – dat zij als aparte verdelingsprocedures moeten worden aangemerkt. Mijns inziens is het zinvol de volgende soorten procedures te onderscheiden:

- a. Volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst
- b. Loting
- c. Vergelijkende toets
- d. Veiling
- e. Aanbesteding

Er zijn zeker meer methoden te noemen, maar dat zijn varianten van de hier besproken verdelingsprocedures. Men kan ook van minder soorten verdelingsprocedures uitgaan, maar ik meen dat deze vijf onderling zo sterk van elkaar verschillen dat een separate bespreking zinvol is.

Zo wordt in het MDW-rapport 'Veilen en andere allocatiemechanismen' (bijlage bij Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 254) de aanbestedingsprocedure niet separaat geanalyseerd. Volgens de auteurs van dit rapport is aanbesteden bij het hanteren van één geobjectiveerd criterium waarvan de beste offerte wordt geselecteerd, in feite het vraagzijde-equivalent van veilen. Indien meer en/of niet-objectieve criteria worden gehanteerd, is aanbesteden in feite het equivalent van de vergelijkende toets. Wat betreft de manier van selecteren onderscheidt aanbesteding zich dus niet van veilen en toetsen, aldus dit MDW-rapport (p. 27).

- a. *Volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst*
De verdeling van schaarse vergunningen geschiedt dikwijls op volgorde van ontvangst van de aanvragen. Dit systeem wordt ook wel aangeduid met het adagium 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of als 'First Come First Served' (FCFS). Degene die als eerste een aanvraag indient, en aan alle voorwaarden

voldoet, krijgt de vergunning; dit systeem wordt net zolang herhaald totdat alle beschikbare vergunningen zijn verdeeld. Het totaal aantal beschikbare vergunningen wordt wel aangeduid als het 'vergunningenplafond'. Het selectie criterium is hier dus het tijdstip waarop de aanvrager bij het bestuursorgaan de aanvraag indient. Als het plafond is bereikt, is de aanvrager te laat, en kan de aanvraag op die grond worden afgewezen, tenzij er een *wachtlijst* wordt opgesteld. In dat laatste geval dient de aanvrager te wachten totdat er ruimte voor de verlening van een vergunning is vrijgekomen.

De vraag rijst of het bestuursorgaan dient uit te gaan van het tijdstip van het indienen van de volledige aanvraag of dat het het tijdstip waarop de eventueel onvolledige aanvraag is ontvangen, als ontvangsttijdstip dient te hanteren. Ingevolge artikel 4:5, lid 1, Awb kan het bestuursorgaan besluiten een onvolledige aanvraag niet te behandelen, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn de aanvraag aan te vullen; het bestuursorgaan is daartoe echter niet verplicht. De Awb laat dus voor beide systemen de ruimte. Late aanvragers zullen zich daarom niet kunnen beroepen op het feit dat eerdere aanvragen onvolledig waren en dat zij om die reden eerder aan de beurt waren dan wel hoger op de wachtlijst hadden moeten worden geplaatst (vgl. ABRvS 19 januari 2001, AB 2001, 113 m.nt. NV, in een uitspraak die overigens betrekking had op de aanvraag van een subsidie). Niettemin verdient een systeem waarin wordt uitgegaan van een volledig ingevulde aanvraag mijns inziens de voorkeur. Het is niet redelijk dat iemand die even snel een onvolledige aanvraag instuurt, vóórgaat boven een aanvrager die de moeite neemt een volledige aanvraag in te dienen en daar dus ook wat meer tijd voor nodig heeft (aldus terecht N. Verheij in de hier aangehaalde noot en L.J.A. Damen in zijn noot onder CBB 17 mei 1995, *Rechtspraak Bestuursrecht 1994-1995, De Annotaties*, Den Haag 1995, p. 211). Bovendien voorkomt het uitgaan van de volledige aanvraag dat 'vervuiling' van de wachtlijst ontstaat.

Kenmerkend voor de procedure waarin de volgorde van de ontvangst van de aanvraag beslissend is, is dat zij een objectief en eenduidig criterium bevat. Deze procedure is alleen adequaat als het bestuursorgaan volstrekt onverschillig staat tegenover wie de vergunning krijgt, mits aan de vergunningvoorwaarden is voldaan. Het kan immers geen enkele nadere afweging maken.

Ik noemde reeds de gemeentelijke parkeervergunning als voorbeeld van een schaarse vergunning die volgens dit systeem wordt verdeeld, daaraan zijn veel andere voorbeelden toe te voegen. Ook subsidies worden vaak volgens dit systeem verstrekt.

b. Loting

Een andere methode om schaarse vergunningen te verdelen, is gebruik te maken van een loting. Vooraf vindt een eerste selectie plaats op grond van een aantal voorwaarden waaraan alle aanvragers moeten voldoen. Geloot wordt tussen degenen die door die selectie heenkomen.

Kenmerkend voor de loting is dat er, na de eerste selectie, geen beoordeling door het bestuur (meer) plaatsvindt. Loting komt neer op een soort geobjectiveerde willekeur: iedereen heeft een gelijke kans, maar het eindresultaat is volstrekt arbitrair. Het bestuursorgaan kan geen invloed uitoefenen op de

inhoud van zijn eigen beslissing. Door te kiezen voor een loting geeft het bestuur zijn discretionaire ruimte, voorzover het die heeft, volledig uit handen. De willekeur wordt in enige mate verminderd, wanneer er gebruik wordt gemaakt van gewogen loten die de aanvrager verkrijgt als hij aan bepaalde voorwaarden voldoet. Met gewogen loten heeft de aanvrager immers meer kans.

Véruit het bekendste voorbeeld van het gebruik van de loting is in het bestuursrecht te vinden op het terrein van het hoger onderwijs. De gewogen loting is het instrument dat wordt gebruikt voor de selectie van studenten voor opleidingen met een zogeheten 'toelatingsbeperking'.

De minister van OC&W kan het besluit nemen tot vaststelling van de zogeheten arbeidsmarktfixus (art. 7.56 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (Whw)). De procedure bestaat uit een tweetrapsraket, te weten de aanmelding en de selectie. Voor een geslaagde aanmelding dient men aan een aantal kwalitatieve eisen te voldoen. De selectie vindt vervolgens plaats door middel van gewogen loting. De procedure is als volgt. Voor inschrijving bij de onderwijsinstelling voor opleidingen met een toelatingsbeperking heeft men een 'bewijs van toelating' van de Informatie Beheer Groep (IBG) nodig. Het IBG deelt degenen, die zich met recht hebben aangemeld, aan de hand van het gemiddelde eindexamencijfer in vijf klassen in. Wie hoger dan of gelijk aan 8 heeft, krijgt zonder meer een bewijs van toelating. De andere vier klassen worden aangemerkt als lotingsklassen, waarbij geldt dat hoe hoger het gemiddelde eindexamencijfer is, des te meer kans men op een bewijs van toelating maakt.

Hoewel de loting in het bestuursrecht betrekkelijk weinig voorkomt, is er nog wel een enkel ander voorbeeld te noemen. Zo kan de loting worden gehanteerd voor de toekenning van nummers voor telecommunicatievoorzieningen, zoals telefoonnummers.

De OPTA kent op aanvraag nummers toe aan aanbieders van openbare telecommunicatiediensten. De loting kan worden gebruikt bij meerdere aanvragen om toekenning van nummers voor eenzelfde bestemming. Te denken valt aan de uitgifte van kwalitatief zeer schaarse nummers of nummers met een grote commerciële waarde. De wet kent hiervoor overigens ook de mogelijkheid van een veiling (art. 4.2 lid 6 Telecommunicatiewet (Tw)).

In de VS is de loting enige tijd toegepast voor de verdeling van frequentieruimte, maar dat was geen succes. Opmerkelijk is dat er geen enkele selectie werd toegepast: iedere gegadigde kon deelnemen. Dat bood ruimte voor een tweede probleem: de deelname van speculanten die erop uit waren met betrekkelijk weinig inspanningen snel grote winsten te maken (zogeheten 'wind-fall profits').⁸

De loting is alleen geschikt als methode om schaarse vergunningen mee te verdelen, voorzover het wenselijk is, of in ieder geval niet bezwaarlijk, dat

8. David Seth Zlotlow, *Broadcast License Auctions and the Demise of Public Interest Regulation*, *California Law Review* 2004, Vol. 92, p. 885 e.v. (i.h.b. p. 895).

het bestuursorgaan geen enkele nadere invloed kan uitoefenen op de keuze wie de vergunning krijgt toegewezen. Reeds op het eerste gezicht moet dat in veel gevallen bezwaarlijk worden geacht. Het openbaar bestuur behartigt het algemeen belang en behoort derhalve gerechtvaardigde en – ook politiek en beleidsmatig – goed onderbouwde beslissingen te nemen. Loten is zo bezien een zwakgebod. Tegelijkertijd rijst de vraag in hoeverre de andere soorten verdelingsprocedures hieraan beter voldoen. In hoeverre komt het hiervoor besproken systeem van de volgorde van de ontvangst van de aanvraag hieraan meer tegemoet? Ik zal hierop later ingaan.

c. *Vergelijkende toets*

De vergelijkende toets wordt ook wel aangeduid als de ‘tenderprocedure’, de ‘beauty contest’ of zelfs – maar dat is enigszins verwarrend – als ‘openbare aanbesteding’.⁹ Bij een vergelijkende toets vindt – zoals het woord al zegt – een onderlinge vergelijking plaats tussen de aanvragen, op grond waarvan een rangorde tussen de aanvragen wordt vastgesteld. Kandidaten worden opgeroepen om aanvragen in te dienen – in de praktijk spreekt men wel van ‘offertes’ of ‘bidbooks’ –, waarna aan de hand van tevoren vastgestelde criteria de beste aanvragen worden gehonoreerd.

Een vergelijkende toets bestaat in beginsel uit twee onderdelen. Eerst wordt beoordeeld of de aanvragen voldoen aan de wettelijke voorwaarden. Tussen de aanvragen die hieraan inderdaad voldoen, wordt vervolgens de eigenlijke vergelijkende toets uitgevoerd.

Kenmerkend voor de vergelijkende toets is dat de vergelijking aan de hand van meerdere criteria kan plaatsvinden. Deze criteria kunnen zowel van economische als van sociaal-culturele of geheel andere aard zijn. Dit is met name afhankelijk van de doelstellingen van de wet waarop de te verlenen vergunning is gebaseerd. Bij een vergelijkende toets beschikt het bestuursorgaan daardoor over relatief veel discretionaire ruimte. De criteria moeten tevoren worden bekendgemaakt.

Een bekend voorbeeld van een vergelijkende toets uit de wereld van de telecommunicatie is de verdeling van de GSM-vergunningen. GSM is de tweede generatie mobiele telefonie. Op 15 maart 1995 kreeg het MT-2 consortium (bekend als Libertel/Vodafone) naast KPN een vergunning.¹⁰ De vergunning voor digitale televisie (DVBT, Digital Video Broadcasting Terrestrial) is ruim twee jaar geleden eveneens op grond van een vergelijkende toets verleend.¹¹ De digitale televisieuitzendingen moeten op den duur de huidige analoge uitzendingen gaan vervangen. Ook subsidies worden nogal eens aan de hand van dit systeem verdeeld.¹²

Een bijzonder soort vergelijkende toets is die waarbij niet, althans niet primair, wordt gelet op het te verwachten handelen in de nabije toekomst, maar waarbij vooral wordt gekeken naar de verrichtingen in het *verleden*.

9. Bijv. Kamerstukken II, 1994/95, 22 095, nr. 2, p. 7 (Nota Frequentiebeleid).

10. Kamerstukken II 1994/95, 21 693, nr. 27.

11. Stcrt. 2002, nr. 33, p. 15.

12. A.J. Bok, *Subsidies*, Deventer 2002, p. 61 en W. den Ouden, M.J. Jacobs, N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer 2004, p. 105.

Een voorbeeld van deze benadering vormt de toekenning van broeikasgasemissierechten aan bedrijven. Voor 1 januari 2005 moet in Nederland een systeem van verhandelbare CO₂-rechten zijn opgezet. Maar voordat deze rechten kunnen worden verhandeld, moet eerst een verdeling van deze rechten worden gemaakt. Bij deze initiële toewijzing worden de rechten gratis toegekend. Dat gebeurt in de eerste plaats op grond van de zogeheten historische emissie (dat wil hier zeggen het gemiddelde van de CO₂-uitstoot in 2001 en 2002) en voorts in het bijzonder op grond van de prestaties van het bedrijf ten opzichte van andere vergelijkbare bedrijven. Daarnaast is een hoeveelheid gereserveerd voor nieuwkomers.

Op grond van internationale verplichtingen – het Kyoto-Protocol bij het Raamverdrag van de VN inzake klimaat-verandering en de EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten – dient in Nederland een systeem te worden opgezet van verhandelbare emissierechten.¹³ Begonnen wordt met de aanpak van CO₂; vandaar dat ook wel kortweg van CO₂-emissiehandel wordt gesproken. Op grond van de richtlijn dient het systeem van handel in deze emissierechten op 1 januari 2005 feitelijk van start te gaan. Voor de (primaire) toekenning van deze rechten is een nationaal toewijzingsplan opgesteld, het zogeheten ‘allocatieplan’. Dit plan bevat het totale aantal emissierechten dat de betrokken ministers (EZ en VROM) voornemens zijn voor een planperiode toe te wijzen en de criteria op grond waarvan de rechten worden toegewezen. Behalve naar de historische emissie wordt ook gekeken naar de sectorgroei van de uitstoot en naar de efficiencygraad. Ten aanzien van de efficiencygraad wordt bij een benchmarkbedrijf uitgegaan van de waarde indien het voldoet aan de wereldtop. Is het betrokken bedrijf minder goed dan de wereldtop dan krijgt het een kleinere waarde en dus minder rechten; is het bedrijf beter dan krijgt het bedrijf een hogere waarde en dus meer rechten. Verder wordt een correctiefactor gehanteerd: als de optelsom van de toewijzingen groter is dan de totale ruimte, wordt er afgeroomd.¹⁴

Een vergelijkende toets kan al dan niet plaatsvinden in combinatie met een *financieel bod* (een voorbeeld biedt art. 3.3, lid 4, onderdeel b, Tw). De herverdeling van de frequentieruimte voor commerciële radio – Zero-base – heeft vorig jaar op deze wijze plaatsgevonden.

Bij deze vergelijkende toets werd eerst nagegaan of onderscheid tussen de aanvragers kon worden gemaakt aan de hand van de criteria waaraan werd getoetst. In het geval dat uit die toetsing bleek dat meerdere aanvragers voor een kavel als beste waren geselecteerd, en derhalve in de vergelijking gelijk waren geëindigd, werd vervolgens uitsluitend tussen deze aanvragers verder geselecteerd op basis van de hoogte van het financieel bod dat was uitgebracht. In het kader van Zero-base is wel opgemerkt dat de vergelijkende toets met financieel bod eigenlijk een ‘verkapte’ veiling is (Kamer-

13. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nrs. 1. e.v. (Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten). Waarover J.M. Bazelmans, De implementatie van Europese handel in emissierechten in Nederland, *Milieu & Recht* 2004, p. 214 e.v.

14. Kamerstukken II 2003/04, 29 422, nr. 5, p. 5, 6 (Verslag van expert-meeting over CO₂-handel).

stukken II, 2002/03, 24 095, nr. 107, p. 2). Het ligt er echter aan hoeveel gewicht wordt toegekend aan het financieel bod.

Bij de vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod is de controle van het bestuursorgaan op het eindresultaat uiteraard niet volledig. Na de eerste selectie is de uitkomst immers afhankelijk van de hoogte van het financiële bod en wie dat zal uitbrengen is ten dele ongewis. Dat kan een (groot) bezwaar zijn. Dit probleem speelt eveneens bij de andere soorten verdelingsprocedures.

Ook dit probleem is fraai te illustreren aan de hand van de Zero-basecasus. Besloten was dat een aanvrager maximaal *twee* kavels voor landelijke FM frequenties kon verwerven, te weten één ongeclausuleerde kavel tezamen met één geclausuleerde. Een geclausuleerde kavel heeft een bepaalde bestemming, terwijl de bestemming van een ongeclausuleerde kavel door de onderneming mag worden bepaald. In eerste instantie was maar ruimte voor maximaal *één* kavel per onderneming. Dit maximum werd verhoogd naar aanleiding van een motie van de Kamer.¹⁵ Met deze motie werd beoogd de kans op diversiteit van het radioaanbod in de ether te vergroten. Deze uitbreiding werd mede met het oog op Classic FM gemaakt, dat anders dreigde te verdwijnen. Deze opzet slaagde echter niet. Op 26 mei 2003 zijn voor de landelijke commerciële omroep acht vergunningen verleend. De kavel bestemd voor klassieke muziek en/of jazzmuziek bleef onverdeeld. Sky Radio Ltd. kwam eigenlijk uit de bus. Deze onderneming had echter al twee kavels bemachtigd (één ongeclausuleerde en één geclausuleerde) en zat dus op het maximum. Wat de geclausuleerde kavels betreft koos deze onderneming voor een andere bestemming (De Gouwe Ouwe zender).¹⁶ Het gevolg was dat Classic FM, ook een onderdeel van Sky radio, – onverwacht – zijn frequentieruimte verloor.

Vooraf het onverwachte van deze uitkomst is iets wat de aandacht verdient. In plaats van een veiling was juist voor een vergelijkende toets gekozen om meer grip op de uiteindelijke verdeling te kunnen houden. De gang van zaken illustreert dat, zelfs met een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod, regering en parlement de verdeling goeddeels uit handen geven; het eindresultaat is anders dan was beoogd. Het is dan ook niet zo vreemd dat een enkeling zich afvraagt, of het vergelijkende aspect toch niet te weinig de doorslag heeft gegeven.

Opgemerkt zij dat vanuit de praktijk als bezwaar tegen de vergelijkende toets wel wordt aangevoerd dat deze toets subjectief van aard is.¹⁷ Lastig aspect van de vergelijkende toets is weliswaar dat de criteria aan de hand waarvan de beoordeling plaatsvindt, niet altijd even scherp zijn geformuleerd. Maar dat betekent nog niet noodzakelijk dat de criteria subjectief zijn. Niettemin kan in de criteria zeker subjectief element zitten. Wat is wenselijk, wat is goed,

15. Kamerstukken II 2000/01, 24 095, nr. 56, nr. 61, p. 5 en nr. 62. Zie ook Kamerstukken II 2000/01, 27 987, nr. 2 (Mediaconcentraties).

16. Zie Kamerstukken II, 2002/03, 24 095, nr. 139.

17. Vgl. MDW-rapport Veilen en andere allocatiemechanismen, Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 254, bijlage, p. 4.

wat is fraai? De meningen daarover kunnen zeer verdeeld zijn. Op deze kritiek kom ik nog terug.

d. Veiling

Bij de veiling liggen alle gunningscriteria op één na vast. De beoordeling vindt louter plaats aan de hand van dat ene criterium. Dat criterium is meestal de prijs. Hoewel dat wel gebruikelijk is, is het niet steeds zo dat het beste bod simpelweg het hoogste bod is. Het beste bod kan samenhangen met de wijze waarop de vergunninghouder de vergunde activiteit gaat uitvoeren en kan dus een relatief gegeven zijn. Kenmerkend voor de veiling is dat het volledig is gebaseerd op het concurrentiemechanisme.

Een van de door overheden meest gebruikte veilingvormen is de simultane meerronden veiling.¹⁸ Dat is een veiling waarbij bij opbod wordt geboden in – zoals het woord al zegt – meerdere ronden. De veiling is simultaan wanneer tegelijk op meerdere objecten wordt geboden; en sequentieel als de objecten één voor één worden geveild. De UMTS-veiling – waarover hierna meer – was een simultane meerronden veiling: er werd door zes deelnemers in 305 ronden geboden op vijf kavels; in ronde 306 haakte Versatel af. Voor Zero-base was dit type veiling in eerste instantie ook beoogd.¹⁹

Een ander type is de ‘asymmetrische’ veiling; dat is een veiling waarin een nieuwkomer wordt bevoordeeld ten opzichte van de al zittende partijen. Daaraan kan behoefte bestaan als er te weinig ruimte dreigt te zijn voor nieuwkomers op de markt. Ook de gesloten bod-veiling (first-price sealed bid veiling: FPSB-veiling) komt nogal eens voor. Dat is een veiling waarbij de deelnemers per object slechts één bod kunnen uitbrengen in een gesloten envelop. Bijvoorbeeld de veiling van het gebruiksrecht op benzine-stationlocaties langs rijkswegen vindt plaats door middel van een sequentiële first-price sealed bid veiling. Het is niet mijn bedoeling hier de verschillende soorten veilingprocedures te bespreken. De keuze is niet alleen afhankelijk van het object dat wordt geveild, maar ook van allerlei andere zaken, zoals de aard en de transparantie van de markt.²⁰

Voordat de veiling zelf kan plaatsvinden moet eerst een procedurebeslissing worden genomen. Behalve de keuze voor het soort veiling, het aanvangstijdstip en de beschrijving van de te veilen vergunningen, bevat het ook de periode waarin de veiling plaatsvindt en de aan de vergunning te verbinden voorschriften en beperkingen. Voorts kan het de termijn bevatten waarvoor de vergunningen worden verleend. Vervolgens vindt de selectie plaats van alle aanvragers. Dit is een kwalitatieve selectie die verricht wordt door het daartoe bevoegde bestuursorgaan. Alleen de gegadigden die aan de voorwaarden voldoen, mogen deelnemen aan de veiling zelf.

Een bekend voorbeeld van vergunningen die met behulp van een veiling zijn verleend, zijn de frequentieruimte vergunningen voor UMTS. UMTS is

18. Aldus MDW-rapport Veilen, a.w., p. 35.

19. Bij tien of minder deelnemers zou echter in plaats daarvan gekozen worden voor de ‘first-price sealed bid-veiling’ (Kamerstukken II 2000/01, 24 095, nr. 62, p. 3, 4).

20. Zie MDW-rapport Veilen, a.w., p. 34, 35.

de derde generatie van mobiele draadloze telecommunicatiesystemen, ook wel aangeduid als IMT-2000.

In de dagbladpers heeft vooral de uitkomst van de veiling nogal de aandacht getrokken: de opbrengst – een kleine zes miljard gulden – viel nogal tegen vergeleken met de opbrengst in Duitsland en Groot Brittanië. Dit resultaat en ook de wijze waarop Versatel achter het net viste leidde tot een vrij lange politieke nasleep.²¹

De verdeling van UMTS-vergunningen betrof niet de eerste telecom-veiling. Ervaring was al opgedaan met de veiling van de vergunningen voor DCS-1800, ook een systeem voor mobiele telecommunicatie. DCS-1800 (ook wel GSM 1800 genoemd) is afgeleid van de GSM en kan worden gebruikt voor zowel spraak- als datadiensten.²² Eind vorig jaar zijn bijvoorbeeld nog bepaalde vergunningen voor WLL (Wireless Local Loop) geveild. Eind dit jaar ligt nog een WLL-veiling voor een andere frequentieband in het verschiet. WLL is een (digitaal) radiosysteem waarmee het mogelijk is om draadloze breedband verbindingen te leggen tussen een centrale antenne en een aantal decentrale punten. Het systeem is met name ontwikkeld om bedrijfstelefooncentrales op bijvoorbeeld bedrijfsterreinen aan te sluiten op het vaste net, zonder dat daarvoor kabels in de grond hoeven te worden gelegd.²³

Ook buiten het terrein van de telecommunicatie komt de veiling voor. Bekend voorbeeld zijn de regelmatig plaatsvindende veilingen van gebruiksrechten voor benzine-stationlocaties langs rijkswegen. Aangezien het de veiling van privaatrechtelijke vergunningen betreft, besteed ik hieraan aandacht in paragraaf 6.

e. Aanbesteding

De laatste soort verdelingsprocedure die moet worden genoemd is de aanbestedingsprocedure. Op het eerste gezicht zal men de aanbestedingsprocedure hier wellicht niet verwachten, aangezien deze procedure doorgaans wordt gebruikt voor het verkrijgen van goederen of diensten. De aanbestedingsprocedure heeft in de regel betrekking op het plaatsen van overheidsopdrachten. Deze overheidsopdrachten hebben naar Nederlands recht in de regel een privaatrechtelijk karakter.

Ingevolge de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn zijn onder 'overheidsopdrachten' te verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van

21. De bewindspersonen zonden onder meer een uitvoerige 'Procesbeschrijving en verantwoording UMTS' naar de Tweede Kamer (Kamerstukken II 1999/00, 24 095, nr. 55); voorts is in opdracht van de Kamer door externe onderzoekers een onderzoeksrapport opgesteld, waarop door het kabinet werd gereageerd (Kamerstukken 2001/02, 24 095, nr. 86). Zie ook E. van Damme, *Het spel van Versatel*, NJB 2000, p. 1666 e.v.
22. Hierover onder anderen: M. Geus, *Het wetsvoorstel veilen frequenties mobiele telecommunicatie: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald*, *Mediaforum* 1997, p. 45 e.v.
23. Het agentschap Telecom verschaft hierover informatie via haar website (www.agentschap-telecom.nl).

diensten in de zin van deze richtlijn (art. 1, lid 2, onderdeel a). Het aanbestedingsrecht is alleen van toepassing voorzover de aanbesteding een bepaalde drempelwaarde overstijgt en de opdracht niet in de richtlijn is uitgezonderd.

De overstap van nationaal naar Europees recht in het navolgende zal bij sommigen wellicht enige verwondering wekken. Aanbestedingsrecht is in hoofdzaak een Europeesrechtelijke aangelegenheid. Er zijn thans vier nog vigerende aanbestedingsrichtlijnen, te weten: de Richtlijn Leveringen, de Richtlijn Werken, de Richtlijn Diensten, en de Richtlijn Nutssectoren. Deze richtlijnen zijn in ons land geïmplementeerd door middel van de 'Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen' en twee daarop gebaseerde amvb's: het 'Besluit overheidsaanbestedingen' en het 'Besluit aanbestedingen nutssector'. Een herziening en integratie van deze richtlijnen is vrij onlangs gereed gekomen, het betreft Richtlijn 2004/17/EG van het Europees parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedure voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energie voorziening, vervoer en postdiensten (in de wandelgang genaamd: de Richtlijn Nutssectoren) en Richtlijn 2004/18/EG van het Europees parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten voor werken, leveringen en diensten (in de wandelgang: de Aanbestedingsrichtlijn). Deze nieuwe richtlijnen dienen vóór 31 januari 2006 te zijn geïmplementeerd.

Dat de aanbestedingsprocedure primair is bestemd voor het plaatsen van overheidsopdrachten, neemt echter niet weg dat het goed mogelijk is deze procedure toe te passen op de verlening van vergunningen. Daarbij doet zich wel een belangrijk verschil voor. Bij de aanbesteding van een overheidsopdracht betaalt de overheid een bepaalde prijs, terwijl bij de aanbesteding van een vergunning daarvan wel sprake kan zijn, maar dat zeker niet noodzakelijk is; noch is uitgesloten dat de overheid voor de vergunning een bepaalde prijs ontvangt.

In de praktijk wordt de aanbestedingsprocedure in het bijzonder toegepast op de verlening van concessies. De rechtsfiguur van de concessie wordt vooral gebruikt om de rechtsbetrekking vorm te geven tussen de overheid en privaatrechtelijke (rechts)personen die een bepaalde publieke taak uitvoeren, bijvoorbeeld op het terrein van het openbaar vervoer, post, elektriciteit, drinkwater enz. Met de verlening van de concessie wordt de primaire verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de publieke taak overgedragen aan de concessionaris. De concessie houdt niet alleen de toestemming in om deze taak te mogen uitvoeren – zonder concessie is de betrokkene daartoe niet bevoegd –, maar zij strekt nog verder: de concessionaris is rechtens verplicht de activiteit te verrichten.

In de eerste plaats schrijft het Europese recht voor dat bepaalde concessies, te weten de concessie voor openbare werken, met behulp van een aanbestedingsprocedure worden verleend. De consequenties daarvan strekken niet zo ver als wellicht het op het eerste gezicht lijkt, want deze concessie is onderworpen aan een verlicht aanbestedingsregime, alleen de voorschriften inzake de bekendmaking en de termijnen zijn van toepassing.²⁴

24. Waarover M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief*, diss. UU 2000, p. 44 e.v.

Onverminderd de toepasselijkheid van het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit, is de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn uitdrukkelijk niet van toepassing op concessies voor diensten (art. 17).

Daarnaast wordt ook op grond van nationaal recht de aanbestedingprocedure op wat ruimere schaal toegepast. Zo schrijft de Wet personenvervoer 2000 voor dat concessies voor openbaar vervoer worden aanbesteed. In het Besluit personenvervoer 2000 worden belangrijke delen van het aanbestedingsrecht van overeenkomstige toepassing verklaard op de verlening van concessies (art. 37).

Terecht spreekt artikel 37 Bp 2000 van de 'van *overeenkomstige* toepassing' van de aanbestedingsregels. De term 'overeenkomstige' is in wetgeving gereserveerd voor de situatie dat regels van toepassing zijn op gevallen waarvoor ze eigenlijk niet zijn geschreven. Aanwijzing 83 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, bepaalt daarom dat deze uitdrukking wordt gebruikt indien de bepaling waarnaar wordt verwezen, niet geheel letterlijk kan worden toegepast, maar misverstand over de toe te passen tekst uitgesloten is.

Het aanbestedingsrecht kent verschillende soorten procedures. Deze rede is niet bestemd om ze alle te bespreken; evenals bij de veilingprocedure zal ik slechts de belangrijkste kort aanstippen.

Men zie voor omschrijvingen van de verschillende soorten procedures artikel 1, lid 11, van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. De procedures worden uitvoerig besproken in E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht*, tweede druk Den Haag 1999, p. 113 e.v.

De belangrijkste procedures zijn de *openbare* aanbestedingsprocedure en de aanbesteding *met voorafgaande selectie*. De laatste wordt Europeesrechtelijk aangeduid als de niet-openbare procedure. Belangrijkste kenmerk van de openbare procedure is dat alle belangstellende ondernemers mogen inschrijven. Wezenlijk voor de aanbesteding met voorafgaande selectie is dat weliswaar alle ondernemers mogen verzoeken om aan de aanbesteding deel te nemen, maar dat uit de verzoeken een voorselectie wordt gemaakt. Alleen de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers mogen inschrijven. De aanbesteding na voorafgaande selectie kent dus twee fasen: de selectiefase en de inschrijvingsfase.

Het aanbestedingsregime houdt in dat er stringente regels gelden die gericht zijn op gelijkheid en doorzichtigheid, door het vereisen van tijdige bekendmaking van de aankondigingen en strakke termijnen, die er toe strekken iedere belangstellende, al dan niet na selectie, een gelijke kans te geven. De selectiecriteria zijn van kwalitatieve aard. Zij hebben in het bijzonder betrekking op de persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver, de bevoegdheid de beroepsactiviteit uit te oefenen, diens economische en financiële draagkracht en zijn bekwaamheid.²⁵ De gunningscriteria bij aanbesteding zijn hetzij de eco-

25. Art. 45 e.v. Aanbestedingsrichtlijn.

nomisch voordeligste inschrijving hetzij alleen de laagste prijs.²⁶ Bij de toepassing van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving kunnen de criteria variëren. Voor de economisch voordeligste inschrijving noemt de richtlijn in een enuntiatieve opsomming de volgende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht: de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruiksfactoren, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering.²⁷

Nieuw van de recente Aanbestedingsrichtlijn is dat daarin ook wegingsfactoren voor de gunningscriteria zijn opgenomen: de aanbesteder specificeert het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van de economisch voordeligste inschrijving.

2.2 Voorrangsregeling

Volledigheidshalve wil ik er op wijzen, dat het mogelijk is dat een (beperkt) aantal vergunningen bij voorrang wordt verleend. De aanvragers voor deze vergunningen moeten aan een aantal bijzondere voorwaarden voldoen, waarin zij zich onderscheiden van de overige aanvragers. Strikt genomen is de vergunning dus niet schaars voor de aanvragers op wie de voorrangsregeling van toepassing is. Een voorrangsregeling komt juist bij schaarse vergunningen betrekkelijk veel voor.

Zo kent de Telecommunicatiewet een dergelijke regeling voor de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte (art. 3.3 lid 2). Een ander voorbeeld vormt de selectie van studenten voor studies waarvoor een fixus geldt: bepaalde studenten hoeven niet te loten (vereist is dat het gemiddelde eindexamencijfer hoger is dan een 8).

Een heel nieuw vergunningstelsel wordt niet zo vaak ingesteld. Wel komt nogal eens voor dat een nieuw vergunningstelsel voortbouwt op een eerder stelsel. Dat wordt tot uitdrukking gebracht in de overgangsbepalingen van de nieuwe wet. Om met voorrang voor een (nieuwe) vergunning in aanmerking te komen, is vereist dat de vergunningaanvrager reeds een vergunning op grond van het oude stelsel bezit.

2.3 De verdelingsprocedures met elkaar vergeleken

Wanneer we deze procedures voor het verdelen van schaarse vergunningen met elkaar vergelijken, dan springt een aantal belangrijke verschillen en overeenkomsten in het oog. Bij twee soorten procedures – de volgorde van ontvangst van de aanvraag en de loting – heeft het bestuur vrijwel geen beleids-

26. Art. 53 Aanbestedingsrichtlijn.

27. Art. 53, lid 1, onderdeel a, Aanbestedingsrichtlijn.

en beoordelingsruimte ten aanzien van de aanvragen die aan de kwalitatieve vereisten voldoen. Ook de veiling geeft het bestuursorgaan weinig, zij het wel iets meer, ruimte, nu daar, als aan de kwalitatieve vereisten is voldaan, de vergelijking slechts op één aspect plaatsvindt. De aanbesteding en de vergelijkende toets bieden het bestuursorgaan daarentegen een (veel) grotere mate van beleids- en beoordelingsruimte.

De invloed die het bestuursorgaan kan uitoefenen op de uiteindelijke uitkomst van de procedure hangt nauw samen met de beleids- en beoordelingsruimte. De invloed van het bestuursorgaan op de uiteindelijke uitkomst, nadat aan de kwalitatieve voorwaarden is voldaan, verschilt per soort procedure. Deze invloed is het grootst bij de vergelijkende toets. Met die procedure geeft het bestuur het minst de touwtjes uit handen. Bij de andere soorten procedures is de invloed van het bestuur (veel) geringer. Bij de loting wordt het resultaat aan het toeval over gelaten. Het systeem dat uitgaat van 'wie het eerst komt, het eerst maalt', geeft het bestuur evenmin enige invloed op de uitkomst, de prioritering is slechts afhankelijk van de volgorde van ontvangst van de aanvraag. De veiling en de aanbesteding nemen wat de invloed van het bestuursorgaan betreft een tussenpositie in. Bij de veiling vindt de beoordeling plaats op grond van één criterium, bij de aanbesteding kunnen dat meer criteria zijn. In zoverre is de invloed van het bestuursorgaan derhalve bij de laatste groter.

Meer nog dan de andere verdelingsprocedures worden de veiling en de aanbesteding gekenmerkt door een fijnmazig systeem van procedurele regels met verplichte openbare aankondigingen en fatale termijnen. De veiling en de aanbesteding hebben gemeenschappelijk dat het een bijzonder soort vergelijkende toetsen zijn. Beide zijn er op gericht een minimum aan concurrentie te waarborgen. Bij de veiling vindt de concurrentie plaats op één criterium, doorgaans het bod, dat in beginsel ten goede komt aan de vergunningverlener.²⁸ Zoals gezegd, zijn bij de aanbesteding meer gunningscriteria mogelijk (de economisch voordeligste inschrijving of enkel de prijs). Bij de aanbesteding kan de vergunningverlener een financiële bijdrage verkrijgen, maar dat is zeker niet noodzakelijk; noch is uitgesloten dat de vergunningverlener een bepaalde prijs betaalt. Bij de veiling daarentegen genereert de vergunningverlener een zekere opbrengst en profiteert de overheid aldus als vergunningverlener van de waarde van de vergunning. Dit geldt ook voor de vergelijkende toets die wordt gecombineerd met een financieel bod.

Daarnaast is het uiteraard mogelijk dat de vergunninghouder verplicht is (periodiek) een bepaald bedrag te betalen, bijvoorbeeld op grond van de met de vergunde activiteit behaalde omzet. Een dergelijk voorschrift staat echter in beginsel los van de procedure aan de hand waarvan de vergunning wordt verdeeld: de andere soorten verdelingsprocedures kunnen ook op vergunningen met dat soort financiële voorschriften betrekking hebben.

Bij een (gewone) vergelijkende toets kunnen de toetsingscriteria veel ruimer worden gesteld. Deze criteria hebben in beginsel niet alleen betrekking op

28. De vergunningverlener kan de opbrengst wel oormerken, bijvoorbeeld ten behoeve van de desbetreffende relevante markt.

economisch relevante maatstaven, maar ook op andere soorten maatstaven. In het bijzonder valt te denken aan criteria die sociale en culturele belangen waarborgen.

Aan de grote discretionaire ruimte en de grote bestuursinvloed bij de vergelijkende toets kleeft – wellicht – een bezwaar. Te constateren viel reeds dat op de vergelijkende toets scherpe kritiek wordt geuit: de procedure zou (ongerechtvaardigd) subjectief zijn. Op die kritiek zal ik zo meteen ingaan. Ik zal betogen dat het gevaar van subjectieve beslissingen geen inherente eigenschap is van de vergelijkende toets, maar dat zulks afhankelijk is van de wijze waarop de vergelijkende toets wordt ingericht en uitgevoerd. Dit is in het bijzonder afhankelijk van de rechtsnormen die van toepassing zijn op de procedures.

Voorzover het daartoe de discretionaire ruimte heeft, dient het bestuursorgaan mede tegen deze achtergrond een (nadere) keuze te maken voor een bepaalde verdelingsprocedure. In principe dient te worden gekozen voor de verdelingsprocedure die het best past bij de doelstellingen van de wettelijke regeling waarop de te verlenen vergunning is gebaseerd. Dat neemt niet weg dat de toepasselijke wettelijke voorschriften het bestuursorgaan de nodige ruimte kunnen laten. Men moet zeker niet het politieke gewicht onderschatten van een beslissing waarin de keuze voor een bepaald soort procedure wordt gemaakt. Zo'n procedurebesluit komt bepaald niet lichtvaardig tot stand. Er kunnen, afhankelijk van de complexiteit enige jaren van advisering over heen gaan. Dat wordt mooi geïllustreerd door het Zero-baseverhaal.

De Telecommunicatiewet kent verschillende wijzen van vergunningverlening, in het bijzonder de volgorde van binnenkomst van de aanvragen, de vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, en de veiling. De keuze voor het soort verdelingsprocedure wordt door de daartoe bevoegde minister(s) gemaakt op grond van het Frequentiebesluit (Fb), een amvb die nadere regels voor deze keuze geeft. De procedure van veiling of vergelijkende toets wordt alleen toegepast terzake van de verdeling van frequentieruimte voor zakelijk gebruik en commerciële omroep (art. 2 lid 2 Fb). Voor de keuze voor de procedure van de veiling of de vergelijkende toets gold dat de vergelijkende toets slechts wordt toegepast indien het algemeen maatschappelijk, cultureel of economisch belang dit vordert (art. 3 lid 2 Fb-oud). Dit was een uiterst belangrijk voorschrift. Het liet de minister allesbehalve vrij in zijn keuze, maar dwong hem te kiezen voor een veiling, tenzij bepaalde belangen zich daartegen verzetten. In eerste instantie was de bevoegde minister van plan de frequentieruimte te veilen. Daarvoor kon hij gebruik maken van de ervaringen met een eerdere veiling, de UMTS-veiling. Maar de veiling van de radiofrequenties werd steeds weer uitgesteld. Uiteindelijk oordeelde de bestuursrechter dat de overheid niet langer mocht talmen en gaf hij de vérgaande opdracht de benodigde frequentieruimte te veilen.²⁹ Inmiddels was echter net een nieuw kabinet aangetreden, het kabinet Balkenende I, en dat had in zijn strategisch akkoord bepaald dat frequentieruimte voor de commerciële radio zou worden herverdeeld door middel van een vergelijkende toets, in combinatie met een jaarlijkse vergoeding; géén veiling dus. Daarvoor was het wel nodig het Frequentiebesluit te wijzigen. En dat was dus precies wat dat kabinet bewerkstelligde. In deze amvb werd bepaald dat het voorschrift dat de keuze voor de

29. Vznr. Rb Rotterdam 24 juli 2002, AB 2002, 326 m.nt. GC.

vergelijkende toets beperkte, niet van toepassing is op frequentieruimte die nader is bestemd voor commerciële omroep (art. 3 lid 4 Fb). Voorts werden in het Frequentiebesluit inhoudelijke criteria opgenomen aan de hand waarvan de vergelijkende toets kon worden verricht (Stb. 2002, 467).

De rechtmatigheid van de beslissing om het Frequentiebesluit te wijzigen verdient wellicht nadere aandacht. In de commentaren is opgemerkt dat het kabinet de spelregels verandert nu de uitkomst hem niet aanstaat.³⁰ Dat is ook zo, maar men mag die constatering niet pejoratief duiden. Staatsrechtelijk gezien is dit namelijk precies de manier waarop het spel behoort te worden gespeeld. De rechter kan niet anders dan beoordelen tot welke uitkomsten toepassing van de wettelijke regels moet leiden. Als de wetgever die uitkomst niet aanstaat, is het aan hem de regels te veranderen. Dat is dan ook wat is gebeurd. De wetgever is daartoe immers democratisch gelegitimeerd. Dat laatste was hier bij uitstek het geval: het kabinet zat nog maar enkele dagen in het zadel. Juist een nieuw kabinet moet het mogelijk zijn – idealiter op grond van de tijdens de verkiezingen gedane uitlatingen, met andere woorden: de verkiezingsbeloften – het beleid van zijn voorganger te wijzigen. Dat laat onverlet dat zulks een zekere spanning kan opleveren met (bindende) uitlatingen van zijn voorganger.

30. Bijv. de noot van GC in AB 2002, 326.

3. Het rechtskarakter van de verdelingsprocedures

3.1 *Gemeenschappelijke beslismomenten*

Na deze algemene beschrijving van de verschillende soorten verdelingsprocedures zal ik nu dieper ingaan op het rechtskarakter van deze procedures. Voor een zinvolle bijdrage aan het algemeen deel van het bestuursrecht is het van groot belang vast te stellen of en in hoeverre de verschillende verdelingsprocedures gemeenschappelijke beslismomenten hebben. Het is belangrijk het rechtskarakter van de verschillende onderdelen van de procedures – met andere woorden: de verschillende beslissingsmomenten – precies vast te stellen, omdat dit karakter bepalend is voor het recht dat erop van toepassing is en voor de beantwoording van de vraag of het onderdeel vatbaar is voor bezwaar en beroep.

Bezien vanuit het algemene bestuursrecht is het essentieel dat de verschillende beslismomenten per soort verdelingsprocedure hetzelfde rechtskarakter hebben. Het kan niet zo zijn dat uit (het systeem van) de Awb volgt dat een bepaald beslismoment in de ene verdelingsprocedure een ander karakter heeft dan in de andere procedure. Zo baseert het CBB zich voor het rechtskarakter van het besluit tot veiling van UMTS-vergunningen op het karakter van het besluit tot aanbesteding van openbaar busvervoer.³¹ Wanneer het rechtskarakter varieert, wordt dat niet veroorzaakt door het soort procedure, maar door andere – daarvan losstaande – factoren. Hierna zal blijken dat het rechtskarakter van de gemeenschappelijke beslismomenten inderdaad vrijwel steeds identiek is. Een enkele keer oordeelde de rechter – ten onrechte – anders, maar die beschikte dan ook niet over een overzicht als het onderhavige!

Mijns inziens hebben de zojuist besproken verdelingsprocedures de volgende gemeenschappelijke beslismomenten:

1. Vergunningenplafond en procedurebeslissing
2. Uitvoeringsregels: de reglementen
3. Toelating/selectie
4. Toekenning/gunning
5. Verlening

Voordat ik deze stappen bespreek, is het van belang om op te merken dat de aanduiding, de benaming, die een wettelijke regeling aan een bepaalde beslissing toekent, zoals 'wettelijk voorschrift', 'regeling' of 'reglement', wel enige indicatie biedt, maar uiteindelijk niet bepalend is voor het rechtskarakter van die beslissing, noch voor de vraag of zij een voor bezwaar en beroep vatbaar

31. CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236 m.nt. MP; AB 2002, 261 m.nt. GC.

besluit inhoudt. De rechter stelt het rechtskarakter vast aan de hand van de materiële kenmerken van de beslissing.

– 1. *De vaststelling van het vergunningenplafond en het soort verdelingsprocedure*

De eerste stap van de verdelingsprocedure is de vaststelling van het aantal te verlenen vergunningen met inbegrip van hun reikwijdte – het vergunningenplafond. Het vergunningenplafond geeft het aantal vergunningen aan dat ten hoogste voor een bepaald gebied of voor een bepaalde periode kan worden verleend. De uitdrukking ‘vergunningenplafond’ wordt over het algemeen alleen gebezigd bij de verdelingsmethode waarbij de volgorde van de ontvangst van de aanvraag bepalend is. Ik vind het echter zinvol deze term ook te hanteren voor vergunningen die met behulp van de andere verdelingsprocedures worden verleend, aangezien ook bij de toepassing van deze methoden steeds eerst moet worden vastgesteld wat het maximumaantal te verlenen vergunningen is.

De vaststelling van het vergunningenplafond is een beleidsmatige beslissing, tenzij uit het wettelijke regime zonder meer volgt hoeveel vergunningen dienen te worden verleend.

De beleids- en beoordelingsruimte kan variëren. Bijvoorbeeld ten aanzien van de UMTS-veiling werd uitdrukkelijk besloten dat er (slechts) vijf vergunningen zouden worden verleend, tot grote frustratie van potentiële nieuwkomers op deze markt, zoals Versatel. Voor de totstandkoming van dat besluit ging de minister van V&W bepaald niet over één nacht ijs. De minister heeft twee jaar voordat de veiling plaatsvond een consultatiedocument gepubliceerd, teneinde de visies van belanghebbende te vernemen. Mede op basis van de adviezen werden de eerste beleidsvoornemens bijgesteld. Was in het eerste beleidsvoornemen nog gekozen voor de verlening van vier vergunningen, in het definitieve beleidsvoornemen waren dat er vijf. Ook bij Zero-base werd het aantal kavels eerst na een uitvoerig proces vastgesteld; daarin was plaats voor negen landelijke FM-vergunningen, waarvan vier ongeclausuleerd en vijf geclausuleerd. Het kan echter ook zijn dat uit de wettelijke regeling voortvloeit dat slechts één vergunning wordt verleend. Zo geeft een concessie op grond van de Wp 2000 het recht om met uitsluiting van anderen een bepaald soort openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied gedurende een bepaald tijdvak. Voor die periode wordt voor dat gebied dus slechts één concessie verleend.

De beslissing tot vaststelling van het vergunningenplafond moet mijns inziens worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking. Het besluit kent geen zelfstandige normstelling, maar vormt een nadere concretisering van de in de wettelijke voorschriften neergelegde normen. Bovendien is het besluit niet voor herhaalde toepassing vatbaar. De Awb bevat een eigen regeling voor het *subsidieplafond* (afd. 4.2.2). In de literatuur wordt het subsidieplafond eveneens aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking.³²

32. Bok, a.w., p. 219 en Den Ouden, Jacobs, Verheij, a.w., p. 109.

De vaststelling van het aantal plaatsen dat zal worden verloot en de verdeling van het totaal aantal beschikbare plaatsen heeft mijns inziens eveneens dit karakter. Dit blijkt ook uit enige jurisprudentie omtrent de vaststelling van de *numerus fixus* voor de studie geneeskunde.

De minister van OC&W neemt het besluit tot vaststelling van de arbeidsmarktfixus. Met dit besluit wordt het aantal personen vastgesteld dat zich ten hoogste voor de eerste maal voor een bepaalde opleiding mag inschrijven aan al de universiteiten of hogescholen waaraan deze opleiding is verbonden. Tevens bevat dit besluit een verdeelsleutel waarbij het totale aantal plaatsen over de onderwijsinstellingen wordt verdeeld.

De wet bepaalde uitdrukkelijk dat dit besluit bij *ministeriële regeling* wordt vastgesteld (art. 7.56 Whw). In de lagere jurisprudentie is stevig over het rechtskarakter van de ministeriële regeling getwist. Enkele keren is het besluit als een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift aangemerkt;³³ maar ook is het een keer als een algemeen verbindend voorschrift beschouwd.³⁴ In het eerste geval is het wel appellabel, in het tweede, zoals bekend, niet. Mijns inziens is hier sprake van een besluit van algemene strekking niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift; met andere woorden: van een concretiserend besluit van algemene strekking. Door-slaggevende reden hiervoor is (mijns inziens) dat de ministeriële regeling niet vatbaar is voor herhaalde toepassing. Het gaat om een eenmalige vaststelling van het totaal aantal beschikbare plaatsen en de verdeling van deze plaatsen over de betrokken onderwijsinstellingen.

Behalve het vergunningenplafond moet, voorzover dat niet uitdrukkelijk en eenduidig is voorgeschreven, de (nadere) keuze voor het precieze soort procedure, aan de hand waarvan de vergunningen zullen worden verleend, worden vastgesteld. Kortweg kan deze beslissing de 'procedurebeslissing' worden genoemd. In sommige gevallen heeft de wetgever het soort procedure uitdrukkelijk voorgeschreven en kan dus worden volstaan met de vaststelling van het vergunningenplafond. In andere gevallen biedt de wet een keuzemogelijkheid uit verschillende soorten procedures of zwijgt hij daar (volledig) over.

Voor de parkeervergunning in de gemeente Amsterdam bijvoorbeeld of de selectie van studenten voor een fixusopleiding staat de procedure al vast. Maar de Telecommunicatiewetgever biedt bij schaarse vergunningen de keuze uit de vergelijkende toets al dan niet met inbegrip van een financieel bod of de veiling. Soms spreekt de wet over 'een veiling of een andere marktconforme methode' (art. 31 Elektriciteitswet 1998). Als bijvoorbeeld voor de veiling wordt gekozen, moet ook nog worden bepaald welk soort veiling geschikt is.

33. Pres. Rb Utrecht 31 augustus 1994, JB 1994, 255 m.nt. FAMS; ook opgenomen in *Rechtspraak Bestuursrecht 1994-1995. De annotaties*, m.nt. F.J. van Ommeren. Zie ook Pres. Rb Maastricht 12 oktober 1994, JB 299 m.nt. R. Schlössels.
34. Pres. Rb 's-Hertogenbosch 23 september 1994, JB 1994, 298 m.nt. FAMS.

Ook het procedurebesluit waarin gekozen wordt voor een bepaald soort veiling moet worden aangemerkt als een concretiserend besluit van algemene strekking. De reden daarvoor is dat dit besluit weliswaar een zekere algemene strekking heeft – meerdere ondernemingen kunnen meedoen aan de veiling – maar geen algemeen verbindend voorschrift inhoudt. Daarvoor is immers vereist dat het besluit voor herhaalde toepassing vatbaar is. Aan die eis voldoet het procedurebesluit niet, aangezien het alleen strekt tot de keuze van een veiling in het desbetreffende geval en dus maar één keer wordt toegepast. Met name daarom is het mijns inziens geen algemeen verbindend voorschrift. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat dit besluit de wettelijke normen concretiseert en geen zelfstandige normen bevat.

Ingevolge artikel 3 Frequentiebesluit dient dit besluit een beschrijving te bevatten van de frequentieruimte – dat wil zeggen: het aantal kavels en de omvang van die kavels –, van de periode waarin de veiling plaatsvindt en van de aan de vergunning te verbinden voorschriften en beperkingen. In het geval van UMTS betrof dit onder meer het voornemen vijf vergunningen uit te gaan geven: twee grote en drie kleine; de keuze om geen van de (al zittende) GSM/DCS 1800-vergunninghouders uit te sluiten, en de eis dat één groepsmaatschappij slechts één vergunning mag verwerven.

Het CBB heeft de beslissing tot veiling en tot afbakening van de kavels inzake UMTS aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 de Awb niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift en het derhalve vatbaar voor bezwaar en beroep geacht.³⁵

De beslissing om over te gaan tot openbare aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer is in de jurisprudentie eveneens aangemerkt als appellabel besluit.³⁶ Na het voorafgaande zal niet verwonderen dat ik daarmee geheel kan instemmen.

Hoewel een concretiserende besluit van algemene strekking appellabel is, wil dat niet zeggen dat het voor een ieder mogelijk is bezwaar en beroep in te stellen. Daarvoor moet de rechtzoekende immers ook belanghebbende zijn, en dat is juist bij dit soort besluiten niet vlug het geval; ik kom daarop nog terug.

– 2. De vaststelling van de uitvoeringsregels: de reglementen

Nadat het vergunningenplafond is vastgesteld en is bepaald wat voor soort verdelingsprocedure wordt gevolgd, is de volgende stap de vaststelling van de uitvoeringsregels, de reglementen. Wat is het rechtskarakter van de reglementen, meer precies: van het lotingreglement, het reglement voor de vergelijkende toets, het veilingreglement en het aanbestedingsreglement? Veelal zijn er

35. CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236 m.nt. MP; AB 2002, 261 m.nt. GC (UMTS); vgl. ook Vzng. Rb Rotterdam 24 juli 2002, AB 2002, 326 m.nt. GC (Zero-base).

36. CBB 4 december 1997, AB 1998, 52 m.nt. JHvdV. In het midden werd gelaten of het een beschikking of een appellabel besluit van algemene strekking is, nu dat voor de toegang tot de rechter niet per se hoeft te worden vastgesteld is dat begrijpelijk. Niettemin is duidelijk dat het hier niet om een beschikking gaat. Dat het CBB dat zelf ook zo ziet, blijkt uit de verwijzing naar deze uitspraak in CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236 m.nt. MP; AB 2002, 261 m.nt. GC.

per procedure minstens twee soorten reglementen: één voor de aanvraag, op grond waarvan de (kwalitatieve) selectie wordt gemaakt, én één voor de eigenlijke veiling, aanbesteding enz. Met andere woorden: er is nogal eens een apart reglement voor de, hierna te bespreken, stappen 3 en 4.

De uitvoeringsreglementen zijn besluiten van algemene strekking die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. De reglementen moeten mijns inziens worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften of als beleidsregels wanneer zij niet op een wettelijke grondslag berusten. Ingevolge de Awb staat tegen dit soort regels geen bezwaar en beroep open (art. 8:2).

Het lotingsreglement van OCW voor de selectie van studenten voor opleidingen met een toelatingsbeperking is ten dele opgenomen in een wet in formele zin (art. 7.57a t.e.m. 7.57g Whw) en nader uitgewerkt in de ministeriële regeling 'Regeling aanmelding en selectie hoger onderwijs'. De regeling is voor herhaalde toepassing vatbaar en berust op een wettelijke grondslag. De Regeling aanmelding en selectie hoger onderwijs is dus een algemeen verbindend voorschrift.

Dit is eveneens het geval met de reglementen voor de vergelijkende toets en de veiling krachtens de Telecommunicatiewetgeving.³⁷ Het CBB heeft deze reglementen aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften. Hiertoe heeft het overwogen dat deze ministeriële regelingen zelfstandige normstellingen bevatten, die voor alle (potentiële) aanvragers hebben gegolden. De ministeriële regelingen bevatten algemene regels, die geschikt zijn voor herhaalde toepassing en externe werking hebben.

Men zou daar ook anders tegenaan kunnen kijken. In de lagere jurisprudentie zijn de beide reglementen voor de UMTS-veiling aangemerkt als appellabele besluiten van algemene strekking.³⁸

Door de rechtbank Rotterdam werd ervan uitgegaan dat de regels zich niet voor herhaalde toepassing lenen en geen zelfstandige normstelling kennen. De redactie van het Frequentiebesluit geeft wellicht enige aanleiding tot twijfel over de herhaalbare toepassing. In het Frequentiebesluit is bepaald dat deze regels *per te verlenen vergunning* kunnen verschillen (art. 4, lid 1, en 8, lid 1). Men zou op grond hiervan kunnen denken dat de reglementen zich niet voor herhaalde toepassing lenen en derhalve zijn aan te merken als appellabele besluiten van algemene strekking. Toch gaat die gedachtegang niet op, want voor een te verlenen vergunning kunnen (en zullen) er meerdere aanvragers zijn: de regeling wordt op alle toegepast en leent zich dus wel voor herhaalde toepassing.

Op dezelfde gronden is ook het *aanbestedings*reglement mijns inziens aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift dan wel, indien een wettelijke grondslag ontbreekt, als een beleidsregeling.

37. CBB 29 maart 2004, Mediaforum 2004, 26 m.nt. W. Hins.

38. Rb Rotterdam 29 november 2002, TELECOM 01/418-SIMO en TELECOM 01/814-SIMO. Waarover N. van Eijk, De juridische naweeën van de UMTS-veiling, *Mediaforum* 2003, p. 46 e.v.

Men zie artikel 50 Wp 2000: 'De concessieverlener stelt een aanbestedingsreglement vast voor de procedure van aanbesteding van concessies.' Ook hier mag men mijns inziens niet redeneren dat het aanbestedingsreglement een appellabel besluit van algemene strekking is indien het per aanbestedingsprocedure wordt gewijzigd. Het reglement is immers voor herhaalde toepassing vatbaar ook in die ene aanbestedingsprocedure: het wordt daar op alle deelnemers toegepast.

– 3. *Beslissing tot toelating: selectie*

De derde stap betreft de toelating, oftewel de selectie: uitsluitend degenen die aan de (kwalitatieve) voorwaarden voldoen, worden op de wachtlijst geplaatst of mogen deelnemen aan de loting, de vergelijkende toets, de veiling of de aanbesteding. Mijns inziens is de reactie van het bestuursorgaan op de aanmelding – met andere woorden: de beslissing tot (niet) toelating – aan te merken als een besluit in de zin van de Awb, meer in het bijzonder als een beschikking. De beslissing is gericht op rechtsgevolg, want zonder acceptatie kan de betrokkene niet verder deelnemen aan de procedure. Dat geldt ook voor de afwijzing, want ingevolge de Awb valt de afwijzing van de aanvraag van een beschikking eveneens daaronder (art. 1:3 lid 2). De besluiten tot (al dan niet) plaatsing op een wachtlijst, toelating tot een loting, vergelijkende toets, veiling of aanbesteding delen mijns inziens alle in dit rechtskarakter. Ook in de (schaarse) jurisprudentie wordt de beslissing tot weigering van de toelating aangemerkt als een besluit.

Het CBB merkt de beslissing om een aanbieding buiten beschouwing te laten, aan als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, aangezien het rechtsgevolg hiervan is dat de concessie voor openbaar vervoer niet meer rechtsgeldig kan worden verleend.³⁹ Ik neem overigens aan dat het CBB zal hebben bedoeld dat een positieve beslissing tot toelating een rechtshandeling is en dat daarom ook de afwijzing als beschikking dient te worden aangemerkt. Weigeringen hebben immers geen rechtsgevolg, maar de afwijzing van een aanvraag wordt, zoals gezegd, ingevolge artikel 1:3 lid 2 Awb als een beschikking aangemerkt.

Vervolgens is de vraag of dit besluit appellabel is. Het toelatingsbesluit – we kunnen ook spreken van het selectiebesluit – is te beschouwen als een besluit ter voorbereiding van het verleningsbesluit, het dient immers ter voorbereiding op het besluit tot vergunningverlening. Ten aanzien van voorbereidingsbesluiten is het van belang te bezien of artikel 6:3 Awb niet aan de vatbaarheid voor bezwaar en beroep in de wet staat. Ingevolge deze bepaling is een besluit⁴⁰ inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing te belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Niet alle voorbereidingsbesluiten vallen onder de werking van deze bepaling. Het toelatingsbesluit is

39. CBB 27 augustus 2003, AB 2003, 435 m.nt. JHvdV; JB 2003, 329 m.nt. H. Nijholt.

40. Art. 6:3 Awb spreekt van 'beslissing', maar het is vaste jurisprudentie dat deze bepaling geen verruiming behelst van de mogelijkheden van bezwaar en beroep, in die zin dat deze mogelijkheden zouden worden uitgebreid tot beslissingen die niet beantwoorden aan de omschrijving van het begrip besluit in artikel 1:3 lid 1 Awb (ABRvS 24 januari 1995, JB 1995, 84 m.nt. MAH; AA 1995, p. 519, 520 m.nt. Drupsteen).

weliswaar te beschouwen als een voorbereidingsbesluit, maar het is strikt genomen geen besluit inzake de *procedure* ter voorbereiding van een besluit. Het is immers een (materiële) beslissing waarbij wordt beslist wie wordt toegelaten tot de procedure. Derhalve moet het toelatingsbesluit worden aangemerkt als een appellabel besluit.

Iets ingewikkelder wordt het echter als we artikel 6:3 Awb ruimer uitleggen en het in beginsel van toepassing achten op alle voorbereidingsbesluiten, dus niet alleen op de procedurele. Die ruime uitleg past goed bij de ratio van artikel 6:3 Awb, welke is te voorkomen dat in een reeks van beslissingen tegen iedere tussenstap bezwaar en beroep kan worden ingesteld. De ruime uitleg is te bewerkstelligen door veel minder nadruk te leggen op het woord 'procedure'. Dit brengt met zich dat alle voorbereidingsbesluiten in beginsel niet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep.

Om te beoordelen wat dan de betekenis is van artikel 6:3 Awb voor het toelatingsbesluit, moet een onderscheid worden gemaakt tussen het positieve en het negatieve toelatingsbesluit. Een negatief toelatingsbesluit is mijns inziens zonder meer vatbaar voor bezwaar en beroep. Immers, een afwijzing brengt nu juist met zich dat aan de aanvrager geen vergunning zal worden verleend. Na een weigering wordt er uiteraard ten aanzien van de aanvrager geen vervolgbesluit meer genomen. Een negatief toelatingsbesluit – met andere woorden: een afwijzing – impliceert de weigering om een vergunning te verlenen. Een negatief toelatingsbesluit is dus geen voorbereidingsbesluit. Aan toepassing van artikel 6:3 Awb komen we hier ook bij de ruime uitleg niet toe.

Het CBB kwam tot hetzelfde resultaat langs een andere weg. Het CBB achtte artikel 6:3 Awb wél van toepassing op het besluit om een aanvraag buiten beschouwing te laten, maar overwoog dat dit besluit toch appellabel was, op grond van toepassing van de tenzij-clausule van artikel 6:3 Awb.⁴¹ Deze gedachtegang zou mij terecht lijken wanneer artikel 6:3 Awb van toepassing zou zijn op een negatief toelatingsbesluit. Zoals gezegd, is dat mijns inziens niet het geval.

Nu resteert nog de vraag of bij deze ruime uitleg van artikel 6:3 Awb een positief besluit tot toelating appellabel is. Ingevolge artikel 6:3 is een voorbereidingsbesluit vatbaar voor bezwaar en beroep indien het de belanghebbende 'los van het voor te bereiden besluit' rechtstreeks in zijn belang treft (de tenzij-clausule). De vraag is dus of een positief toelatingsbesluit de belanghebbende 'los van het voor te bereiden besluit' rechtstreeks in zijn belang treft. Dikwijls zal dat niet het geval zijn, maar uitgesloten is het mijns inziens niet. Met name als het positieve besluit de plaatsing op een wachtlijst inhoudt, zal sprake zijn van een appellabel besluit, indien een aanvrager die op een wachtlijst is geplaatst, meent dat hij onmiddellijk voor een vergunning in aanmerking komt dan wel recht heeft op een hogere plaats op de wachtlijst omdat derden ten onrechte op die wachtlijst zijn geplaatst. Weliswaar zal aan de onterechte plaatsing op de wachtlijst van de derden niet meer veel te doen zijn (die besluiten zullen doorgaans onherroepelijk zijn), maar op die grond zou de aanvrager niet meer op de wachtlijst mogen worden geplaatst maar onmiddellijk een

41. CBB 27 augustus 2003, AB 2003, 435 m.nt. JHvdV; JB 2003, 329 m.nt. H. Nijholt.

vergunning dienen te krijgen dan wel op een hogere plaats terecht dienen te komen. In een dergelijk geval wordt de aanvrager door een positief toelatingsbesluit mijns inziens 'los van het voor te bereiden besluit' rechtstreeks in zijn belang getroffen en is dit besluit dus appellabel. Voor subsidies is hierover enige jurisprudentie, die echter nog sterk in ontwikkeling is.⁴²

– 4. *Beslissing tot toekenning: gunning*

De volgende stap is de gunning op grond van de volgorde van ontvangst, de uitkomst van de loting, de vergelijkende toets, de veiling of de aanbesteding; uiteraard kan deze stap ook inhouden dat de aanvrager zo hoog op de wachtlijst is gestegen dat hij voor een vergunning in aanmerking komt. De gunningsbeslissing is mijns inziens een besluit, preciezer gezegd: een beschikking. Zij is immers gericht op rechtsgevolg: de positieve gunningsbeslissing vestigt een *aanspraak* op de verlening van de vergunning. Ingevolge artikel 1:3 lid 2 Awb is ook de afwijzing een beschikking.

Het gunningsbesluit – we kunnen ook spreken van het toekenningsbesluit – is zonder twijfel een besluit dat dient ter voorbereiding van het besluit tot vergunningverlening. Ook hier rijst de vraag of dit besluit appellabel is. Bij een beperkte uitleg van artikel 6:3 Awb is het gunningsbesluit zonder meer vatbaar voor bezwaar en beroep. Het is mogelijk dat dit anders ligt indien we artikel 6:3 Awb zo uitleggen dat het ook van toepassing is op voorbereidingsbesluiten die niet van procedurele aard zijn. Daarvoor is iets te zeggen, want de appellabiliteit van het gunningsbesluit is moeilijk te verenigen met de gedachte achter artikel 6:3 Awb, die immers inhoudt dat moet worden voorkomen dat tegen iedere tussenstap bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

Bij een ruime uitleg is artikel 6:3 Awb zowel van toepassing op het positieve als het negatieve gunningsbesluit.

We kunnen hier niet zeggen dat het afwijzende gunningsbesluit geen voorbereidingsbesluit is, omdat de afwijzing met zich zou brengen dat geen vervolgbesluit wordt genomen. Ook als de uitkomst van de procedure negatief is, wordt immers een besluit tot vergunningverlening genomen, zij het dat dit besluit een weigering inhoudt. Dit is een verschil met de vorige stap, het toelatingsbesluit, waar na de weigering de procedure niet verder wordt doorlopen.

Het gunningsbesluit is vatbaar voor bezwaar en beroep indien het de belanghebbende los van het te nemen besluit tot vergunningverlening rechtstreeks in zijn belang treft. Of dit het geval is, hangt mijns inziens met name af van de bestuurshandelingen die na het gunningsbesluit worden verricht en van het tijdsverloop tussen het gunningsbesluit en het besluit tot vergunningverlening. In veel gevallen zal de belanghebbende het besluit tot vergunningverlening kunnen afwachten teneinde dat besluit in rechte aan te vechten; in die gevallen is er geen sprake van een gunningsbesluit waardoor de belanghebbende 'los van het voor te bereiden besluit' rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen. Het lijkt mij echter goed verdedigbaar te stellen – voorbeelden uit de jurisprudentie zijn er bij mijn weten niet – dat indien het afwachten van het besluit

42. Men zie Den Ouden, Jacobs, Verheij, a.w., p. 105 e.v.

tot vergunningverlening onevenredig bezwarend is, de belanghebbende onder die omstandigheden wél 'los van het voor te bereiden besluit' rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen en het besluit derhalve appellabel is. Het lijkt mij dat zulks slechts bij uitzondering het geval zal zijn.

Het criterium van de 'onevenredige bezwarendheid' wordt in de jurisprudentie gebruikt om de appellabiliteit van bestuurlijke oordelen vast te stellen. In die jurisprudentie gaat het in de kern om de vraag of de bestuurshandeling wel of niet een rechtshandeling is (art. 1:3 Awb). Hoewel een bestuurlijk oordeel dat eigenlijk niet is, merkt de bestuursrechter onder bepaalde omstandigheden dit oordeel toch als appellabel besluit aan, op de grond dat het voor belanghebbende 'onevenredig bezwarend' is om het vervolgbesluit (een besluit tot vergunningverlening of een handhavingsbesluit) af te wachten. Zie F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit? *JB Plus* 2000, p. 113 e.v. Hierboven heb ik in wezen betoogd dat het zinvol is dit criterium ook toe te passen bij de vraag of de tenzij-clausule van artikel 6:3 Awb van toepassing is.

Het onderscheid met de volgende stap – de vergunningverlening – is wellicht minder scherp dan het onderscheid tussen de andere onderdelen van de procedure. In veel gevallen valt in de praktijk deze stap samen met de volgende stap, in andere gevallen is dat echter niet zo. Uit de (schaarse) jurisprudentie blijkt dat het rechtskarakter van de gunning, althans het onderscheid met de daarop volgende verlening, niet steeds duidelijk is.

Zo overwoog het CBB: 'Ter zitting kon geen duidelijkheid worden verschaft over de vraag of in het voorliggende geval de gunning het voorlopige karakter heeft (...), dan wel reeds zo definitief is dat zij gelijk te stellen valt met de verlening van de concessie, die evenwel op een later tijdstip heeft plaatsgevonden.'⁴³

– 5. *Beslissing tot verlening van de vergunning*

De laatste stap is uiteraard die van de eigenlijke vergunningverlening. Met de verlening van de vergunning wordt de aanspraak op de vergunning gerealiseerd. In sommige gevallen kan de vergunning min of meer automatisch worden verleend na de gunning – verlening van rechtswege is niet ondenkbaar –, maar in andere gevallen vergt dit nog een nadere beslissing van het bestuursorgaan, bijvoorbeeld omdat de voorwaarden waaronder de vergunning wordt verleend, nog nader moeten worden geconcretiseerd voor de uitverkoren vergunninghouder en aldus de vergunningvoorschriften worden vastgesteld. Ook kan het voorkomen dat het bestuursorgaan dat de verdelingsprocedure uitvoert, niet hetzelfde is als het bestuursorgaan dat de vergunning verleent. Zo draagt de minister van OC&W de aanvragers aan wie de Zero-basekavels zijn toegewezen voor het verlenen van een vergunning voor aan de minister van EZ. De minister van EZ verleent vervolgens de vergunningen. De minister van EZ wijst de overige aanvragen af.⁴⁴

43. CBB 27 augustus 2003, AB 2003, 435 m.nt. JHvdV; JB 2003, 329 m.nt. H. Nijholt.

44. Art. 40 en 41 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003.

Een andere reden voor een nader beslismoment is dat het bestuursorgaan moet kunnen bezien of de uitkomst van de toekenningsprocedure niet apert onredelijk is uitgevallen. Daaraan is behoefte omdat het bestuursorgaan, tenzij voor een vergelijkende toets is gekozen (zonder financieel bod), door toepassing van de verdelingsprocedure een deel van zijn invloed op het eindresultaat uit handen heeft gegeven. Daartoe kan in de wet een hardheidsclausule zijn opgenomen. Zo kent de wet na de loting voor het hoger onderwijs een hardheidsclausule voor in- en uitgelote gegadigden.⁴⁵

Denkbaar is ook dat het vergunde recht niet zonder meer een aanspraak op een vergunning inhoudt, maar slechts een partiële aanspraak verschaft, zodat meerdere rechten nodig zijn om een vergunning te verkrijgen. De verlening van de vergunning vormt vanzelfsprekend ook in dat geval een separate stap. In het (fictieve) voorbeeld van de parkeervergunning aan het begin van deze rede werd van dit systeem gebruik gemaakt.

Uiteraard is de verlening van de vergunning een beschikking in de zin van de Awb en is zij vatbaar voor bezwaar en beroep. Hetzelfde geldt voor de afwijzing van de aanvraag (artikel 1:3 lid 2 Awb).

Wat de acceptatie van de vergunning betreft, zijn in hoofdzaak twee systemen denkbaar. Het ene – het meest voorkomende – is dat er na de gunning geen ruimte meer is voor de aanvrager om de toekenning wel of niet te accepteren. Na de gunning zal het bestuursorgaan in beginsel de vergunning verlenen; het is vervolgens aan de vergunninghouder om te bezien of hij in de praktijk van de vergunning gebruikmaakt.

De kandidaat-student die is ingeloot ontvangt een op naam gesteld 'bewijs van toelating'. De inschrijving dient in de regel te geschieden binnen vier weken na dagtekening van het bewijs van toelating. Indien de gegadigde zich niet binnen de gestelde termijn heeft laten inschrijven, vervalt het bewijs van toelating (art. 25 Regeling aanmelding en selectie hoger onderwijs). De gegadigden die zijn uitgeloot, ontvangen daarvan een schriftelijke mededeling (art. 21). De term 'mededeling' suggereert ten onrechte dat het hier een niet-appellabele bestuurshandeling betreft.

Het andere systeem is dat de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van de acceptatie van de gunning door de aanvrager. Accepteert de aanvrager de gunning niet, dan vindt geen verlening plaats. Aan dit systeem is vooral behoefte in die gevallen dat de vergunning de verplichting met zich brengt er ook gebruik van de te maken.

Bijvoorbeeld de gunning van de concessie op grond van de Wp 2000 moet, voordat zij wordt verleend, door de aanvrager worden geaccepteerd.⁴⁶ Zoals gezegd, worden onder de vergunning in ruime zin verschillende soorten rechtsfiguren begrepen. Hier stuiten we op een belangrijk verschil tussen concessies en vergunningen (in enge zin). Op concessiehouders rust de juridische verplichting de concessie daadwerkelijk te gebruiken en derhalve de activiteit daadwerkelijk te gaan verrichten onder de gestelde voorwaarden. Op de houder van een vergunning (in enge zin) rust deze verplichting

45. Art. 7.57d lid 3 en 7.57c lid 4 Whw.

46. Kamerstukken II 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 26.

niet. Vanwege dit verplichtende element is er discussie over of de concessie moet worden gekarakteriseerd als een beschikking of als een (publiekrechtelijke) overeenkomst.⁴⁷ In de (wetgevings)praktijk wordt overigens niet altijd even strikt vastgehouden aan het onderscheid tussen de concessie en de vergunning in enge zin; zoals ik eerder opmerkte is de aanduiding, de benaming, echter niet doorslaggevend voor de vaststelling van het rechtskarakter.

Dat de aanvrager zich al in een eerdere fase heeft gebonden aan de voorschriften van de verdelingsprocedure, neemt niet weg dat de vergunninghouder in beginsel rechtens vrij is de hem toegekende vergunning al dan niet in gebruik te nemen. Door het gebruik van een financieel instrument, zoals de veiling of de vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod, wordt de (toekomstige) vergunninghouder gestimuleerd de met de vergunning verkregen rechten in bedrijfseconomisch opzicht optimaal te benutten, zonder dat hij rechtens verplicht is de vergunning te gebruiken. Van de financiële bijdrage zal immers een aanzienlijke prikkel uitgaan de vergunning zo kort mogelijk ongebruikt te laten. Bij een veiling of een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod is de aanvrager onvoorwaardelijk en onherroepelijk aan zijn bod gebonden. Door (al dan niet na selectie) deel te nemen aan de toekenningsprocedure kan de aanvrager in zoverre niet meer terug. Die acceptatie vindt rechtens plaats op grond van het toepasselijke reglement, zoals het veilingreglement. Maar dit betekent niet dat de vergunninghouder juridisch verplicht is van de verleende vergunning daadwerkelijk gebruik te maken, al zal hij dat over het algemeen wel wenselijk achten. Soms is onmiddellijke ingebruikname op technische of financieel-economische gronden feitelijk niet direct mogelijk. Zo werden de Zero-basevergunningen vrijwel onmiddellijk in gebruik genomen, terwijl daar bij de UMTS-vergunningen een behoorlijke tijd overheen is gegaan en grotendeel nog steeds gaat.

Aangezien in de bestuursrechtelijke literatuur het aspect van de aanvaarding van vergunningen nogal onderbelicht blijft, hecht ik eraan op te merken dat ik in het voetspoor van met name Vegting reeds eerder – in verband met de verbindende kracht van buitenwettelijke vergunningvoorschriften – op het belang van de aanvaarding van de vergunning heb gewezen.⁴⁸

3.2 *Het concretiserende besluit van algemene strekking*

De vaststelling van het vergunningenplafond en het besluit waarbij voor een bepaald soort verdelingsprocedure wordt gekozen, het procedurebesluit, zijn aan te merken als concretiserende besluiten van algemene strekking. Dit is een betrekkelijk onbekende rechtsfiguur, die in de praktijk nogal eens over

47. Waarover D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, diss. UvA 2000, p. 227 e.v. en Nijhof, a.w., p. 229 e.v.
48. Zie F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU, Deventer 1996, p. 351.

het hoofd wordt gezien. Het is daarom zinvol iets langer bij de figuur van het concretiserende besluit van algemene strekking stil te staan.

Onder de vigeur van de Wet Arob stond alleen bezwaar en beroep open tegen beschikkingen. Met de inwerkingtreding van de Awb is de toegang tot de bestuursrechter iets uitgebreid door, in plaats van beschikkingen, besluiten als appellabel aan te merken, maar echter niet de algemeen verbindende voorschriften en de beleidsregels (art. 8:2). Daardoor is voor de toegang tot de bestuursrechter met name van belang geworden de grens tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels enerzijds en de overige besluiten van algemene strekking anderzijds. De algemeenheid van een besluit is te bepalen aan de hand van vier criteria, te weten: het aantal personen waartoe de regeling is gericht, de tijdsduur, de plaats en de herhaalbaarheid. Wezenlijk voor de overige besluiten van algemene strekking is dat zij zich niet voor herhaalde toepassing lenen, hoewel zij op andere gronden wel enige algemene strekking hebben. Terwijl hetzelfde algemeen verbindend voorschrift of dezelfde beleidsregel meerdere keren op een concreet geval kunnen worden toegepast, ontbreekt deze eigenschap bij de overige besluiten van algemene strekking.

De overige besluiten van algemene strekking zijn te onderscheiden in twee soorten: de concretiserende en de constitutieve besluiten van algemene strekking.⁴⁹ Concretiserende besluiten van algemene strekking zijn besluiten die een algemeen verbindend voorschrift nader concretiseren naar tijd, plaats of anderszins. Constitutieve besluiten van algemene strekking hebben betrekking op de rechtskracht van algemeen verbindende voorschriften, bijvoorbeeld op de goedkeuring, schorsing of vernietiging ervan. Alleen de concretiserende besluiten van algemene strekking zijn appellabel. De Awb heeft de constitutieve besluiten van algemene strekking van bezwaar en beroep uitgezonderd. Voor de toegang tot de bestuursrechter is niet relevant of de besluiten het karakter hebben van beschikkingen of van concretiserende besluiten van algemene strekking. Dat maakt wel verschil voor het toepasselijke recht: titel 4.1 Awb is uitsluitend van toepassing op beschikkingen.

Onder invloed van de literatuur wordt in de jurisprudentie nog een ander criterium gehanteerd om het karakter van een concretiserend besluit van algemene strekking vast te stellen, te weten het ontbreken van zelfstandige normstelling.⁵⁰ Kent een besluit van algemene strekking geen zelfstandige normstelling, zo is hier de gedachte, dan is het geen algemeen verbindend voorschrift maar een concretiserend besluit van algemene strekking. Deze maatstaf moet mijns inziens echter als vaag worden bestempeld. Wanneer immers is een in een regeling opgenomen norm zelfstandig en wanneer vormt zij een uitwerking van een hogere regeling? Dat is maar zelden precies te

49. Zie nader: F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen 1999, p. 81, 82 en J.B.J.M. ten Berge/F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid, Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, 4e druk Deventer 2001, p. 153 e.v. Deze laatste auteurs spreken overigens van concretiserende (respectievelijk constitutieve) *annexe* besluiten van algemene strekking.

50. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, deel 1*, Den Haag 2003, p. 228 e.v. en Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male, a.w., p. 241. De benadering die gegrond is op het niet vatbaar zijn voor herhaalde toepassing, wordt gehanteerd in de in de vorige noot genoemde literatuur.

zeggen, juist omdat lagere regelingen vrijwel steeds delen van hogere regelingen uitwerken, met inbegrip van de daarin opgenomen normen. Niet voor niets wordt in de bestuursrechtelijke literatuur over gelede (helderder zou mijns inziens zijn: gelaagde) normstelling gesproken.⁵¹ Omdat het scherper is, heb ik dan ook een voorkeur voor het criterium van de vatbaarheid voor herhaalde toepassing.

De vaststelling van het vergunningenplafond is ook langs de weg van het ontbreken van zelfstandige normstelling wel als een concretiserend besluit van algemene strekking aan te merken. Maar van het procedurebesluit inhoudende de keuze voor de ene of de andere procedure is dat al wat moeilijker te zeggen. Het CBB gaat om tot de conclusie te komen dat het procedurebesluit een concretiserend besluit van algemene strekking is, niet in op het aspect van de al dan niet herhaalbare toepassing.⁵² Het CBB staat hierin overigens niet alleen, ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft opmerkelijk genoeg een voorkeur voor het argument van het ontbreken van zelfstandige normstelling. Men zie voor een bespreking van de jurisprudentie over concretiserende besluiten van algemene strekking: S.E. Zijlstra, Recente jurisprudentie over het begrip algemeen verbindend voorschrift, *JB Plus* 2002, p. 170 e.v. Zijlstra wijst terecht op het gebrek aan rechtszekerheid bij de toepassing van de maatstaf van het ontbreken van zelfstandige normstelling.

Men zou wellicht kunnen denken dat het vaststellen van het vergunningenplafond of het procedurebesluit een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit is in de zin van artikel 6:3 Awb, en om die reden niet appellabel is. Volgens de jurisprudentie staat artikel 6:3 Awb echter niet aan de appellabiliteit van het procedurebesluit in de weg. Dat lijkt mij terecht. Als het al als een voorbereidingsbesluit in de zin van deze bepaling moet worden aangemerkt, dan valt het onder de uitzondering dat het besluit wel vatbaar is voor bezwaar en beroep indien het de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft.

Het CBB heeft overwogen dat de beslissing of geveild zal worden dan wel op basis van een vergelijkend onderzoek frequenties worden toegewezen – hoewel het Frequentiebesluit spreekt over ‘besluitvorming met betrekking tot de procedure van vergunningverlening’ – geen voorbereidingsbesluit is in de zin van artikel 6:3 Awb. Deze stap heeft in het geheel van de besluitvorming een zodanig zelfstandige betekenis dat hij niet als van procedurele aard betiteld kan worden, aldus het CBB.⁵³

De vaststelling van het vergunningenplafond en het procedurebesluit zijn dus appellabele besluiten van algemene strekking. Maar dat wil nog niet zeggen dat iedere rechtzoekende steeds bij de rechter terecht kan. Daarvoor moet hij immers *belanghebbende* zijn in de zin van de Awb. De Awb (art. 1:2) vereist daarvoor dat het belang rechtstreeks bij het besluit is betrokken. Bovendien is in het bijzonder vereist dat de belanghebbende een persoonlijk – oftewel:

51. Van Wijk/Konijnenbelt&Van Male, a.w., p. 130 e.v.

52. CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236 m.nt. MP; AB 2002, 261 m.nt. GC (UMTS).

53. CBB 18 juli 2001, JB 2001, 236 m.nt. MP; AB 2002, 261 m.nt. GC (UMTS).

individueel – belang heeft. Wanneer een belang in het algemeen met veel andere personen wordt gedeeld, is er geen sprake van een persoonlijk belang in deze zin. Op beide vereisten kan bezwaar of beroep tegen een concretiserend besluit van algemene strekking gemakkelijk stranden.⁵⁴

Zo voldoet de (potentiële) aanvrager van een parkeervergunning niet aan deze vereisten ten aanzien van het besluit tot vaststelling van het vergunningenplafond. Eerst bij de latere beslismomenten, zoals de beslissing tot al dan niet plaatsing op de wachtlijst, is zijn belang rechtstreeks betrokken. Bij die beslissingen heeft hij ook een persoonlijk belang.

Dit ligt echter anders bij de verdeling van frequentieruimte, zoals bij UMTS en Zero-base. De (potentiële) aanvragers van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte zijn belanghebbende bij de vaststelling van het vergunningenplafond en de keuze voor een bepaald soort verdelingsprocedure. Hun belang is rechtstreeks betrokken en, vanwege het geringe aantal (potentiële) aanvragers, individualiseerbaar en derhalve persoonlijk van aard.

Kortom, de betrokkenen – de (potentiële) vergunningaanvragers – zijn niet steeds belanghebbende in de zin van de Awb, vanwege het bij dit soort besluiten betrekkelijk snel ontbreken van voldoende persoonlijk belang dat rechtstreeks bij het besluit is betrokken. In het bijzonder bij een groot aantal (potentiële) aanvragers is het belang onvoldoende individualiseerbaar. Dit is op de keper beschouwd een betrekkelijk arbitrair criterium, maar naar de huidige stand van de jurisprudentie lijkt het wel doorslaggevend.

Bij het fixusbesluit zijn de onderwijsinstellingen, de betrokken universiteiten, wel belanghebbende. Dat komt doordat dit besluit gericht is tot de universiteiten (preciezer: de colleges van bestuur). Vanwege het betrekkelijk geringe aantal betrokken universiteiten, moet dit belang wel worden aangemerkt als een persoonlijk belang; de betrokken universiteiten onderscheiden zich hierin van de andere onderwijsinstellingen tot wie het fixusbesluit niet is gericht. Het belang van de deze onderwijsinstellingen is evident rechtstreeks bij het fixusbesluit betrokken. De (potentiële) studenten zijn echter geen belanghebbenden. Immers voor de studenten gaat het niet om een persoonlijk belang, maar om een belang dat wordt gedeeld met vele anderen. Bovendien is het belang van de student niet rechtstreeks betrokken; zijn belang is eerst rechtstreeks betrokken bij latere direct tot hem gerichte beslissingen, zoals een in- of uitloting.

Het voorafgaande geldt voor besluiten tot wijziging van het vergunningenplafond. Alleen indien het vergunningenplafond zo laag is dat de gevolgen van de wijziging individualiseerbaar zijn naar de (potentiële) aanvrager, is er sprake van een persoonlijk belang. Ten aanzien van de kring van belanghebbenden bij de vaststelling van het subsidieplafond wordt in de literatuur tot dezelfde conclusie gekomen.⁵⁵

54. Men zie over de kring van belanghebbenden bij besluiten van algemene strekking: R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende*, Deventer 2004, p. 72 e.v.

55. Den Ouden, Jacobs en Verheij, a.w., p. 109.

3.3 *Uitsluiten van de vatbaarheid voor bezwaar en beroep*

Uit het systeem van de Awb en de daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat verschillende apart onderscheiden beslismomenten het karakter hebben van een appellabel besluit. De vaststelling van het vergunningenplafond en het procedurebesluit zijn concretiserende besluiten van algemene strekking. Zij zijn derhalve vatbaar voor bezwaar en beroep. De uitvoeringsreglementen hebben het karakter van algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Zij zijn derhalve niet appellabel. Het selectie- en gunningsbesluit en het besluit tot vergunningverlening zijn beschikkingen. Ook zij zijn vatbaar voor bezwaar en beroep, tenzij artikel 6:3 Awb zo ruim wordt uitgelegd dat het op alle voorbereidingsbesluiten van toepassing is; in dat geval is de appellabiliteit afhankelijk van het antwoord op de vraag of de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen.

Het is de vraag of het wenselijk is dat zoveel besluiten appellabel zijn. Zeker wanneer de (financiële) belangen groot zijn, en dat is bij schaarse vergunningen vrij snel het geval, is de kans groot dat ieder appellabel besluit daadwerkelijk wordt aangevochten. Uit een oogpunt van proceseconomie is dat geen goede zaak. Er is derhalve zeker iets voor te zeggen om slechts enkele van al deze besluiten vatbaar voor bezwaar en beroep te laten zijn. Te denken valt met name aan het eerste en laatste beslismoment – het besluit tot vaststelling van het vergunningenplafond met procedurebesluit en het besluit tot vergunningverlening – maar dus niet de tussenstappen. Wie zich niet kan verenigen met een ‘tussenbesluit’, bijvoorbeeld het selectiebesluit, moet dan wachten tot het verleningsbesluit is genomen en in dat kader het selectiebesluit aanvechten.

Hieraan kleeft echter wel een bezwaar: rechtspraak kost tijd. Door het verstrijken van de tijd zijn zaken niet meer terug te draaien; ook de markt kan er na verloop van tijd al weer heel anders uitzien. Wanneer in het kader van de selectie een aanvraag ten onrechte is afgewezen, is het vrijwel ondoenlijk de procedure weer opnieuw te verrichten. Dit is een probleem dat aan veel gerechtelijke procedures kleeft, zij het dat het probleem van de tijdigheid zich hier wel extra sterk doet voelen. Wat rest is financiële genoegdoening, met andere woorden: schadevergoeding.

Dat het gunningsbesluit vatbaar is voor bezwaar en beroep, kan, hoewel vaak anders zal worden gedacht, overigens ook aantrekkelijk zijn voor het bestuursorgaan, omdat het opmaken van een complexe vergunning een tamelijk arbeidsintensieve en tijdrovende zaak kan zijn. Om te voorkomen dat nodeloos werk wordt verricht voor de vergunningverlening, kan het prettig zijn als de rechtmatigheid van het gunningsbesluit reeds in rechte vaststaat.

Er zijn voor de wetgever verschillende manieren om de appellabiliteit uit te sluiten. In de bijzondere wet kan worden bepaald dat het ‘tussenbesluit’ voor het beroep wordt geacht deel uit te maken van het ‘eindbesluit’. Dat zou voor schaarse vergunningen betekenen dat in de wet wordt bepaald dat het selectiebesluit of het gunningsbesluit voor beroep worden geacht deel uit te maken van het besluit tot vergunningverlening. Daarmee is ook de mogelijkheid van het maken van bezwaar van de baan (art. 7:1 Awb).

Een andere manier om de mogelijkheden voor bezwaar en beroep te reduceren is artikel 6:3 Awb te wijzigen, in die zin dat de woorden 'procedure ter' komen te vervallen. Daarmee zou de reikwijdte van dit artikel zich uitdrukkelijk uitstrekken tot alle voorbereidingsbesluiten. Maar daarmee zijn we er nog niet. Want, zoals hiervoor bleek, is niet uitgesloten dat het selectiebesluit of het gunningsbesluit op grond van de tenzij-clausule van deze bepaling – 'tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft' – toch vatbaar zijn voor bezwaar en beroep.

Wijziging van artikel 6:3 Awb heeft uiteraard ook gevolgen voor voorbereidingsbesluiten op andere terreinen dan de verdeling van schaarse vergunningen. Voor een dergelijke verruiming zou dan ook meer onderzoek moeten worden verricht. Dat lijkt mij wel de moeite waard: de problematiek van het, uit een oogpunt van proceseconomie, teveel aan appellabele besluiten in reeksen van beslissingen – men spreekt wel van 'ketenbesluitvorming' –, doet zich niet alleen op dit terrein voor.

Uiteraard kan in de Awb de vatbaarheid voor bezwaar en beroep ook zonder meer worden uitgesloten. Waar het om een categorie van besluiten gaat – en dat blijkt bij schaarse vergunningen dus nogal eens het geval te zijn – kan deze categorie in beginsel van appellabiliteit worden uitgesloten door haar als onderdeel op te nemen in artikel 8:4 Awb. Verder kunnen specifieke besluiten worden geplaatst op de negatieve lijst bij de Awb (art. 8:5), zij het dat het streven is deze lijst niet te veel uit te breiden.

Een andere manier waarmee wordt beoogd de appellabiliteit uit te sluiten is de terminologie te wijzigen waarmee het besluit in de wet in formele zin wordt aangeduid. Het toenmalige kabinet schrok zo van de appellabiliteit van de arbeidsmarktfixus, dat het woord 'besluit' ('kan Onze minister een besluit nemen waarin ...') in artikel 7.56 Whw werd gewijzigd in 'ministeriële regeling' ('kan bij ministeriële regeling ...'). Met deze uitdrukking werd blijkens de memorie van toelichting uitdrukkelijk gedacht aan een algemeen verbindend voorschrift.⁵⁶ Deze manier van uitsluiten van de appellabiliteit werkt niet goed, aangezien bij de rechter niet de benaming maar de materiële kenmerken van de handeling doorslaggevend zijn. De uitdrukking 'ministeriële regeling' betekent niet automatisch dat sprake is van een algemeen verbindend voorschrift. Terecht was ook de Raad van State in zijn advies zeer negatief over deze wijziging in terminologie.⁵⁷

56. Kamerstukken II 1994/95, 24 075, nr. 3, p. 2.

57. Kamerstukken II 1994/95, 24 075, B, p. 2.

4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

4.1 *Twee normenstelsels?*

Nu de verschillende procedures voor de verdeling van schaarse vergunningen iets meer zijn ontleed, rijst de vraag naar de rechtsnormen – de rechtsregels en rechtsbeginselen –, waaraan deze procedures moeten voldoen. Omdat het aanbestedingsrecht het meest nauwgezet is uitgewerkt, begin ik met het aanbestedingsrecht, om van daaruit te kijken naar het algemene bestuursrecht. Het is de vraag in hoeverre de normen van het aanbestedingsrecht – ingevolge de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – gelden voor andere verdelingsprocedures dan de aanbesteding. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op ál het overheidsoptreden; de algemene beginselen van aanbestedingsrecht daarentegen zijn dat niet. Daarom is van belang te bezien in hoeverre de algemene beginselen van aanbestedingsrecht kunnen worden ‘ingelezen’ in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Op basis hiervan kan worden bekeken wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betekenen voor de keuze tussen de ene of de andere soort procedure en voor de inrichting van de gekozen procedure.

4.2 *Algemene beginselen van aanbestedingsrecht*

De aanbestedingsprocedure dient te worden beschouwd tegen de achtergrond van het vrije verkeer van goederen en diensten. Het Hof van Justitie EG heeft geoordeeld ‘dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden’.⁵⁸

In de literatuur worden drie algemene beginselen van aanbestedingsrecht onderscheiden, te weten: het gelijkheidsbeginsel, het concurrentiebeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel.⁵⁹ Het is van belang in het oog te houden dat het *algemene* beginselen zijn, omdat zij in het hele aanbestedingsrecht gelden, ook daar waar dat niet uitdrukkelijk is geregeld.

58. Zie HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98, Jurispr. 2000, p. I-8035 (University of Cambridge) en HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, Jurispr. 2001, p. I-7725 (SIAC Construction Ltd.).

59. Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 26 e.v.

Artikel 2 van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn luidt – onder de kop ‘Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten’: ‘Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen’.

In het aanbestedingsrecht geldt het gelijkheidsbeginsel als hét basisbeginsel bij uitstek.⁶⁰ De belangrijkste functie van de aanbestedingsprocedure is discriminatie te voorkomen, in het bijzonder van in andere lidstaten dan de aanbestedende overheid gevestigde marktdeelnemers. Het gelijkheidsbeginsel strekt hier veel verder dan enkel en alleen een verbod van discriminatie naar nationaliteit. Het gelijkheidsbeginsel gebiedt hier vooral de gegadigden en de inschrijvers gelijke kansen te bieden. Het verbod van discriminatie – of positief geformuleerd: de eis van gelijkheid – werkt naar twee kanten. Het staat eraan in de weg dat bepaalde gegadigden en inschrijvers worden benadeeld en evenzeer dat bepaalde (andere) gegadigden en inschrijvers worden bevoordeeld. Het gelijkheidsbeginsel geldt in alle fasen van de aanbestedingsprocedure.

Het gelijkheidsbeginsel is als algemeen beginsel van aanbestedingsrecht ook af te leiden uit de precontractuele *redelijkheid en billijkheid* (HR 4 april 2003, AB 2003, 365 m.nt. FvO (RZG/ComforMed)). Dit is van belang in die gevallen dat de aanbestedende dienst niet de status heeft van bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb en de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* om die reden op zijn handelen niet van toepassing zijn.

In de privaatrechtelijke literatuur is wel gesteld dat wanneer de voor de aanbesteding aangeboden goederen gelijk zijn, voor de leverancier behoort te worden gekozen die de laagste prijs vraagt. Het lijkt, in zo’n geval, niet aanvaardbaar om andere, bijvoorbeeld politieke, argumenten de keus in andere richting te laten bepalen. Zou de overheid bijvoorbeeld een noodlijdend bedrijf te hulp willen schieten, dan moet zij dat bedrijf maar subsidies of leningen verstrekken.⁶¹ Ik deel deze visie, maar bestuursrechtelijk gezien is het van belang precies vast te stellen *op welke grond* de overheid daartoe gehouden is. Van belang is dat deze stellingname buiten het aanbestedingsrecht doorgaans niet opgaat, terwijl het gelijkheidsbeginsel daarbuiten wel geldt. Blijkbaar kan voor de onderbouwing van deze stelling dus niet zonder meer met het gelijkheidsbeginsel worden volstaan. Deze stelling is alleen juist omdat in het aanbestedingsrecht het gelijkheidsbeginsel gericht is op het bewerkstelligen van concurrentie. Maar dat moet er dan wel uitdrukkelijk aan toe worden gevoegd. Buiten het aanbestedingsrecht kunnen uiteraard heel wel andere (politieke) doeleinden worden gekozen. We kunnen dit ook uitdrukken door te zeggen dat deze stelling niet enkel en alleen op het gelijkheidsbeginsel is te baseren, maar dat er aanvullende beginselen nodig zijn, die met het gelijkheidsbeginsel interfereren. Naar ik meen is dat het concurrentiebeginsel.

60. Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 27.

61. J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, diss. Leiden 1981, p. 25.

Daarmee kom ik op de tweede functie van de aanbestedingsprocedure. Die tweede functie is daadwerkelijke mededinging mogelijk te maken. Met andere woorden: aanbestedingsprocedures beogen een bepaalde mate aan concurrentie te waarborgen. Aangezien zij het hele aanbestedingsrecht doortrekt, is ook deze functie te begrijpen als een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht beoogt een minimum aan concurrentie te waarborgen, maar niet een maximum. Het is bijvoorbeeld aanbesteders niet toegestaan bij openbare en niet-openbare procedures (dat wil zeggen ook niet bij aanbesteding met voorafgaande selectie) te onderhandelen met inschrijvers over ingediende aanbiedingen, hoewel dergelijke onderhandelingen de concurrentie tussen aanbieders stellig kunnen verheven.⁶²

Een belangrijk kenmerk van het aanbestedingsrecht is voorts dat het vereist dat de aankondigingen, de procedures, de selectie- en gunningscriteria en het eindresultaat goed kenbaar, duidelijk en begrijpelijk zijn. Men spreekt in dit verband van doorzichtigheid, of, in minder fraai Nederlands, van transparantie. De doorzichtigheid maakt het ook mogelijk de naleving van de eis van gelijke behandeling te controleren. De eis van doorzichtigheid geldt in alle stadia van de aanbestedingsprocedure, ook daar waar de doorzichtigheid niet uitdrukkelijk is geregeld.⁶³ Daarom kan worden gesproken van een beginsel dat in het hele aanbestedingsrecht geldt. Het eist in het bijzonder dat de aanbesteder steeds op tijd en tevoren duidelijk maakt op welke wijze hij het voor-nemen heeft te werk te gaan zodat gegadigden en inschrijvers daarmee rekening kunnen houden.⁶⁴

De eis van doorzichtigheid betekent dat de gunningscriteria zodanig moeten zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, dat de aanbestedende dienst de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen en dat hij de betrokken criteria op objectieve en uniforme wijze moeten worden toegepast op alle inschrijvers (HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, Jurispr. 2001, p. I-7725 (SIAC Construction Ltd.)). Deze jurisprudentiële uitwerking laat zien hoezeer het doorzichtigheidsbeginsel is gericht op het bewerkstelligen van gelijkheid: het gaat er immers vooral om dat de inschrijvers de criteria op *dezelfde* wijzen interpreteren en dat de toepassing van de criteria uniform wordt toegepast op *alle* inschrijvers.

Uit de onderlinge interferentie van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht vloeien verplichtingen voort die niet louter uit deze beginselen zelf voortvloeien. Dit betekent dat uit het gelijkheidsbeginsel in combinatie met de andere beginselen voor de overheid veel verdergaande verplichtingen voortvloeien, dan in andere gevallen uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeien, zoals bijvoorbeeld het verbod op het verstrekken van nadere inlichtingen.

62. Men zie Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 30. Deze auteurs treden in discussie met literatuur waarin hierover anders wordt gedacht.

63. Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 29.

64. Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 29.

Het gelijkheidsbeginsel brengt hier met zich dat het inschrijvers niet is toegestaan om *nadere inlichtingen* in te winnen bij de aanbesteder over de opdracht, noch mag de aanbesteder nadere inlichtingen inwinnen over de inschrijving. Daardoor zou immers de gelijkheid tussen de concurrerende aanbieders kunnen worden aangetast. De een wordt dan immers bevoordeeld boven de ander. Niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel lijkt het als het antwoord aan allen wordt gestuurd. Evemin in strijd met het gelijkheidsbeginsel lijkt het overigens om aan alle inschrijvers dezelfde nadere informatie te vragen. Niettemin is niet geheel duidelijk in hoeverre dergelijk 'technische dialogen' mogen plaatsvinden, nu zij als belemmerend worden ervaren.⁶⁵ Het Hof van Justitie EG baseert dit verbod op het gelijkheidsbeginsel én het doorzichtigheidsbeginsel (HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, Jurispr. 1996, p. I-2043 (Waalse bussen)).

Het gelijkheidsbeginsel is een beginsel dat ook buiten het aanbestedingsrecht geldt: het is van toepassing op ál het overheidsoptreden. Voor het concurrentiebeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel geldt dat niet. Ik ga op de reikwijdte van deze beginselen zo meteen nog wat dieper in, maar het is hier reeds van belang om op te merken dat dit voor de aanbesteding in het bijzonder betekent dat uit deze beginselen geen algemene rechtsplicht voor de overheid kan worden afgeleid om voornemens tot het plaatsen van overheidsopdrachten vooraf bekend te maken dan wel deze opdrachten in concurrentie aan te besteden.⁶⁶ Een rechtsplicht bestaat daartoe slechts in die gevallen dat dit uitdrukkelijk wettelijk is voorgeschreven.

Wel is van belang dat áls voor een aanbestedingsprocedure is gekozen – ook in die gevallen dat daartoe geen uitdrukkelijke verplichting bestond – de aanbesteder niet meer terug kan en derhalve gehouden is zich volgens de regels en beginselen van de aanbestedingsprocedure te gedragen. Daarbij is mijns inziens niet relevant wat de reden is dat het recht niet aan de hand van een aanbestedingsprocedure behoefde te worden verstrekt.

Dat de eenmaal gekozen verdelingsprocedure in beginsel onverkort moet worden gevolgd, volgt uitdrukkelijk uit HR 4 april 2003, AB 2003, 365 m.nt. FvO (RZG/ComforMed). RZG heeft in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld door niet vooraf aan ComforMed kenbaar te maken welke gunningcriteria zouden gelden en geen duidelijkheid te geven over de omvang van de opdracht (d.w.z. hoeveel te leveren materialen, looptijd, leveringstermijnen). Dit arrest had betrekking op een aanbesteding waarvan de waarde onder het drempelbedrag lag. Maar ook als het de verstrekking van een recht betreft dat om een ándere reden niet aanbestedingsplichtig is, bijvoorbeeld omdat het geen overheidsopdracht in de zin van de richtlijnen betreft, dan geldt eveneens dat de eenmaal gekozen verdelingsprocedure in beginsel onverkort moet worden doorlopen.

65. W.H. van Boom, De aanbestedende overheid; beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer 1999, p. 308, 309.

66. Pijnacker Hordijk & Van der Bend, a.w., p. 30.

Naast de beginselen die (in de literatuur) bekend staan als de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, moeten nog enkele algemene normen van Gemeenschapsrecht worden genoemd. Het betreft het vereiste van objectiviteit en het evenredigheidsbeginsel. De hiervoor besproken beginselen en procedures dragen bij aan de realisering van de objectiviteit van de beslissingen van het bestuursorgaan, maar in zekere zin overstijgt het vereiste van objectiviteit de genoemde beginselen en het is dan ook niet ongebruikelijk deze eis separaat te noemen. Ik zal zo meteen nader op de betekenis van de eis van objectiviteit in gaan.

In het aanbestedingsrecht wordt bijvoorbeeld de vraag of het geoorloofd is dat een criterium voor gunning op een bepaald moment pas precies bekend zal zijn (namelijk pas na de gunning van de opdracht), beantwoord aan de hand van de vraag of zulks verenigbaar is met de vereisten van gelijke behandeling van de inschrijvers, op voorwaarde dat de transparantie en de *objectiviteit* van de procedure worden geëerbiedigd. De objectiviteit kan worden gewaarborgd door de inschakeling van een deskundige, op voorwaarde dat diens rapport op alle wezenlijke punten is gebaseerd op objectieve factoren die volgens de heersende vakinzichten relevant en passend voor de betrokken beoordeling worden beschouwd (SIAC Construction Ltd.).

Het evenredigheidsbeginsel behoort volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. Het Europese evenredigheidsbeginsel bestaat uit drie aspecten: het middel dient geschikt te zijn om het beoogde doel te bereiken; het middel dient onmisbaar en derhalve noodzakelijk te zijn om het beoogde doel te bereiken, hetgeen betekent dat het niet met andere, voor betrokkenen minder belastende, maatregelen kan worden bereikt; en ten slotte dient het middel in een evenredige verhouding te staan tot het te dienen doel, gezien de aard van de betrokken belangen en de mate waarin die belangen als gevolg van het middel worden geschaad.⁶⁷ Het laatste aspect wordt wel aangeduid als de evenredigheid in eigenlijke of enge zin (evenredigheid 'stricto sensu') of proportionaliteit. Toegepast op de aanbestedingsprocedure betekent dit in het bijzonder dat de selectie- en gunningscriteria objectief en proportioneel van aard moeten zijn.

Al met al dient de aanbestedingsprocedure niet-discriminatoir, objectief, gericht op concurrentie, doorzichtig en proportioneel te zijn. Zoals gezegd, vloeien deze normen voort uit het Europese (aangebestedings)recht. Voor de andere soorten verdelingsprocedures gelden zij dan ook niet onverkort, tenzij specifieke Europese of nationale wettelijke voorschriften tot hun toepassing dwingen. Dat de aanbestedingsregels tamelijk streng zijn, wil overigens nog niet zeggen dat het met de naleving ervan goed is gesteld.⁶⁸

De vraag rijst in hoeverre op grond van het algemene Gemeenschapsrecht deze normen ook gelden voor aanbestedingen waarop de Aanbestedingsricht-

67. Zie recent R.J.G.M. Widdershoven, Rechtsbeginselen in het Europese recht, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer 2004, p. 308.

68. De nalevingsgraad van met name gemeenten en HBO-instellingen is laag (Onderzoeksrapport 'Nalevingsmeting Aanbesteden 2002'), bijlage bij Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XIII, nr. 42.

lijnen niet van toepassing zijn. De regels van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn zijn bijvoorbeeld uitdrukkelijk niet van toepassing op concessies voor diensten; maar wel is ingevolge deze richtlijn het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit op dit soort concessies van toepassing. De jurisprudentie van het Hof van Justitie over wat de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel in dezen met zich brengt, is nog niet erg uitgekristalliseerd.

Het Hof heeft het gelijkheidsbeginsel van toepassing geacht op een van de richtlijn uitgezonderde aanbesteding. Het Hof overwoog dat de aanbestedende dienst: '... niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht [moet] nemen, dat met name een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd.'⁶⁹

Hiervoor bleek dat het Hof van Justitie de doorzichtigheid van de procedure beschouwt als een voorwaarde voor de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel. Als er geen specifieke regels van toepassing zijn die het doorzichtigheidsbeginsel uitwerken, is het de vraag wat de betekenis van dit beginsel is. Het Hof heeft daarover overwogen: 'Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.'⁷⁰

4.3 *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Dit uitstapje naar de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht was nodig, omdat tegen deze achtergrond beter de vraag kan worden besproken wat de betekenis is van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de verdelingsprocedures. Ik zou niet willen volstaan met de algemene constatering dat deze normen minder ver strekken dan die van het aanbestedingsrecht. Daarover kunnen we wel wat preciezer zijn. In hoeverre hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een inhoud die vergelijkbaar is met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht? De volgende algemene bestuursrechtelijke normen komen achtereenvolgens afzonderlijk aan de orde: gelijkheid, objectiviteit, doorzichtigheid en consistentie. Onder die noemers zal ik ook enige andere rechtsbeginselen bespreken die daarmee nauw verband houden.

In de Europees bestuursrechtelijke literatuur is het niet ongebruikelijk om aan de hand van in het communautaire recht geldende beginselen te laten zien wat de betekenis van dit recht is voor het nationale bestuursrecht. Dat wordt wel een top-down benadering genoemd. De hier gevolgde aanpak is de omgekeerde. Het gaat mij erom

69. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, Jurispr. 2000, p. I-10745; NJ 2001, 387 (Te-laustria).

70. Zie de vorige noot.

te laten zien in hoeverre de nationale normen zo kunnen worden gelezen, dat zij de Europese normen reeds insluiten; een bottom-up benadering als het ware. Voor een compleet beeld zou men eigenlijk beide moeten doen. Overigens worden in het standaardwerk op dit gebied, van J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2e druk Nijmegen 2002, het doorzichtigheidsbeginsel en de eis van objectiviteit niet besproken. Komt dat wellicht doordat deze beginselen vooral in de economische hoek een dominante rol spelen?

a. *Gelijkheid*

Het gelijkheidsbeginsel is niet alleen een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht. Integendeel, het is (onder andere) ook een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het gelijkheidsbeginsel is in ons stelsel vastgelegd in artikel 1 van de Grondwet. Hoewel in grondwettelijke commentaren dit beginsel wel eens wordt beschouwd als een beginsel van vrij geringe betekenis, dat vooral een symbolische waarde heeft, kan zijn betekenis mijns inziens toch moeilijk worden onderschat.

Kortmann schrijft over artikel 1 Gw: 'Het trapt eigenlijk een open deur in door te stellen dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar het probleem is nu juist welke criteria dienen om het gelijk zijn van gevallen vast te stellen.' (C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, tweede druk Deventer 1987, p. 62). Met Hirsch Ballin meen ik dat de betekenis van het gelijkheidsbeginsel primair is dat het in elk geval eist dát er differentiatiecriteria moeten zijn (E.M.H. Hirsch Ballin, *Staatsrecht en bestuursrecht*, artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm, in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer 1988, p. 133). Dat is geen loze kreet, maar een rechtsnorm die van bestuursorganen aanzienlijke inspanningen vergt.

Het gelijkheidsbeginsel is aan te merken als een grondbeginsel dat bij álle verdelingsprocedures in acht genomen dient te worden. Sterker nog, de algemene aard van de procedure draagt bij aan de realisering van de rechtsgelijkheid van alle gegadigden en deelnemers. Juist vanwege het feit dat een algemene procedure wordt gehanteerd, die voor herhaalde toepassing vatbaar is, bewerkstelligt het bestuur dat, althans in zekere mate, gelijkheid wordt gerealiseerd: de verdelingsprocedure behoort immers op alle gegadigden en alle deelnemers gelijkelijk te worden toegepast. De functie van het gelijkheidsbeginsel is hier om ongelijke gevallen – de verschillende aanvragers – gelijk te behandelen. Ik zeg dit laatste met zoveel nadruk omdat het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht dikwijls een andere functie vervult, namelijk het voorkomen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.

Maar daarmee is uiteraard niet gezegd dat iedere soort procedure in dezelfde mate aan de realisering van de gelijkheid bijdraagt. Er zijn verschillende manieren om gelijkheid te bewerkstelligen. Gelijkheid kan zowel inhoudelijk als procedureel worden uitgewerkt. Een inhoudelijke uitwerking geeft inzicht in welke differentiatiecriteria bij het maken van een bepaalde beoordeling (niet) gerechtvaardigd zijn. In het Staats- en bestuursrecht wordt aan het gelijkheidsbeginsel vaak een inhoudelijke uitwerking gegeven: de tweede volzin van artikel 1 Gw vormt een overbekend voorbeeld. Maar het is dikwijls niet

gemakkelijk om precies aan te geven wat de onderscheidende criteria moeten zijn en hoe deze moeten luiden. Met name in die situaties waarin het moeilijk is op voorhand inhoudelijke criteria te geven, pleegt het bestuursrecht in formele procedures te vluchten. In het aanbestedingsrecht wordt het gelijkheidsbeginsel vooral ook procedureel uitgewerkt, in het bijzonder door het vereisen van doorzichtigheid en concurrentie.

Voor het bewerkstelligen van gelijkheid is – inhoudelijk – vooral van belang waarop de beoordeling is gericht, met andere woorden: wat de differentiatiecriteria zijn. De tweede volzin van artikel 1 van de Grondwet bevat een aantal differentiatiecriteria waarvan het verboden is ze in acht te nemen, omdat toepassing daarvan tot discriminatie leidt. Maar positieve differentiatiecriteria zijn ook heel goed denkbaar. Zo wordt in het aanbestedingsrecht uiteindelijk gedifferentieerd naar hetzij alleen de prijs hetzij de economisch voordeligste inschrijving.

Het concurrentiebeginsel is te beschouwen als een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht. Het kan ook een bestuursrechtelijk relevant beginsel zijn, maar het is géén algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Over het algemeen is het immers niet steeds de taak van de overheid om een minimum aan concurrentie te garanderen. Het concurrentiebeginsel is behalve op de aanbesteding ook van toepassing op de veiling en op de vergelijkende toets, althans voorzover de laatste gepaard gaat met een financieel bod. Het concurrentiebeginsel moet in het verlengde van het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd: het bewerkstelligen van een minimum aan concurrentie is het oogmerk waarop het gelijkheidsbeginsel hier (mede) is gericht. Met andere woorden: concurrentie is bij deze verdelingsprocedures (mede) het differentiatiecriterium.

In de rechtsfilosofie wordt wel een onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve gelijkheid (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, achtste druk 1973, p. 121). Ik heb het hier over de relatieve gelijkheid. Met absolute gelijkheid kunnen we niet zoveel in het recht: er zijn altijd wel bepaalde verschillen tussen partijen aan te wijzen. Waar het bij de toepassing van het rechtsgelijkheidsbeginsel om gaat, is welke verschillen relevant zijn en welke niet. Gedifferentieerd wordt steeds naar gelang het oogmerk van de verdelingsprocedure: welke belangen worden gewaarborgd? Daarom is het van belang steeds uitdrukkelijk de differentiatiecriteria te benoemen in het licht van de te waarborgen belangen.

b. Objectiviteit

Een volgende norm die reeds genoemd werd in het kader van het aanbestedingsrecht, is die van de objectiviteit. Deze eis ligt in het verlengde van het gelijkheidsbeginsel. Het gebruik van differentiatiecriteria maakt het immers mogelijk de te nemen beslissingen te objectiveren. Ook deze eis geldt voor het gehele bestuursrecht. De eis van objectiviteit is niet met zoveel woorden in de Awb gecodificeerd, maar er is wel een artikel in de Awb die deze fundamentele norm insluit: het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid, zo leert artikel 2:4 lid 1 Awb. Uit het tweede lid van dit artikel volgt dat het bestuursorgaan ertegen waakt dat ambtenaren of bestuurders die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden. Dit

artikel staat – uitgedrukt in alledaagse bewoordingen – met name in de weg aan besluiten die worden genomen op grond van persoonlijke vooroordelen, een te grote persoonlijke betrokkenheid, persoonlijk gewin, vriendjespolitiek, corruptie en professionele belangenvermenging.⁷¹ De burger moet door het bestuursorgaan fair worden behandeld en met open vizier tegemoet worden getreden. Men spreekt in dit verband wel van het fair-playbeginsel.⁷² Zelfs de schijn van partijdigheid moet worden vermeden. De eis van objectiviteit vormt een grondbeginsel voor al het overheidsoptreden.

In de memorie van toelichting wordt artikel 2:4 Awb in verband gebracht met het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Gw. Door de Raad van State is gevraagd of dit artikel een voldoende eigen betekenis heeft, aangezien het een uitwerking vormt van het gelijkheidsbeginsel. Terecht heeft de regering geantwoord dat artikel 1 Gw en dit artikel hooguit gedeeltelijk samenvallen.⁷³

In de memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat artikel 2:4 Awb voor bestuursorganen meebrengt dat zij zich steeds *objectief* behoren op te stellen.⁷⁴ Ter voorkoming van misverstanden wordt daaraan onmiddellijk toegevoegd dat dit uiteraard niet betekent dat bestuursorganen niet vanuit bepaalde beleidskeuzes zou mogen werken. Dat kan wellicht een subtiel verschil lijken: beleidskeuzes mogen dus uiteraard wel – sterker nog: de keuzen van het bestuur behoren zoveel mogelijk op beleid gebaseerd te zijn; deze keuzes mogen (vanzelfsprekend) ook politiek gekleurd zijn – maar persoonlijke voorkeuren van ambtenaren mogen niet.

Er kan een zekere spanning zitten tussen de politiek-bestuurlijke ruimte om beleid te voeren enerzijds en het juridische vereiste van objectiviteit anderzijds. Politiek-bestuurlijke beslissingen zijn immers in zoverre subjectief gekleurd dat in de inhoud van de beslissing een eigen voorkeur tot uitdrukking wordt gebracht. Maar dat neemt niet weg dat de wijze waarop de beslissing tot stand komt en verder wordt uitgevoerd op een objectieve wijze moet plaatsvinden. Het formuleren en op consistente wijze uitvoeren van het beleid draagt bij aan de objectiviteit ervan. In het licht van de regeling relevante gezichtspunten zijn rechtens niet aan te merken als subjectief.

Wanneer de discretionaire ruimte van het bestuur gering is, is het beter mogelijk vast te stellen wat nog wel of niet als objectief kan worden aangemerkt. Dat maakt dat in het aanbestedingsrecht de eis van objectiviteit wat meer betekenis kan hebben dan in het algemene bestuursrecht. Immers, in het aanbestedingsrecht is de ruimte voor beleidskeuzes minder groot; met de verplichting om een aanbestedingsprocedure te han-

71. Vgl. N. Verheij, Stadsmobiel Amsterdam, *Rechtspraak bestuursrecht 1994-1995. De Annotaties*, Den Haag 1995, p. 144, 145.

72. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w., p. 280, wijzen erop dat het fair-playbeginsel naast het verbod van vooringenomenheid ook nog aan andere kant heeft, inhoudende dat het bestuur de burger geen mogelijkheden mag ontnemen om voor zijn belang op te komen door te beslissen op een in dit opzicht ongunstig gekozen moment.

73. PG Awb I, p. 178.

74. PG Awb I, p. 179 (curs. FvO).

teren, staan niet alleen het soort procedure maar vooral ook de gunningscriteria goeddeels vast.

Hoewel artikel 2:4 Awb in de jurisprudentie een zeer bescheiden rol speelt,⁷⁵ kan het met name voor de verdeling van schaarse vergunningen heel belangrijk zijn. Het staat eraan in de weg dat de vergunning wordt verleend aan de aanvrager die naar het subjectieve oordeel van de ambtenaar het meest in aanmerking komt voor de vergunning. Wanneer er meerdere vergunningaanvragers zijn die aan de kwalitatieve voorwaarden voldoen en de vergunning wordt verleend aan de aanvrager die een goede bekende van het bestuursorgaan is (liever gezegd: van ambtenaren die werkzaam zijn bij het bestuursorgaan), dan is dat op zichzelf onvoldoende grond om de vergunning aan die aanvrager te verlenen. Dit kan overigens anders liggen als de goede bekende aantoonbaar meer relevante ervaring heeft dan de andere aanvragers; in dat geval is er immers sprake van een objectieve verleningsgrond. Evident is dat dit artikel wordt geschonden indien de vergunningaanvrager persoonlijke gunsten verleent aan de bij de vergunningverlening betrokken ambtenaren.

Wat betreft het maken van (objectieve) beleidskeuzes is in het kader van het algemeen bestuursrecht voorts artikel 3:4 lid 1 Awb van belang. Deze bepaling stelt bepaalde eisen aan de bestuurlijke belangenafweging. Zij schrijft voor dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voorzover niet uit een wettelijke voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. Deze bepaling codificeert wat in vakjargon het specialiteitsbeginsel heet, hetgeen inhoudt dat de belangenafweging door het bestuursorgaan beperkt dient te blijven tot die belangen die de desbetreffende wet beoogt te beschermen. Ook dit algemene verbod laat uiteraard de ruimte voor een eigen belangenafweging van het bestuursorgaan onverlet, zolang die afweging maar binnen de grenzen van (de strekking van) de wet blijft. De doeleinden waarop de belangenafweging moet zijn gericht – met andere woorden: de differentiatiecriteria – dienen te worden afgeleid uit de desbetreffende wet.

Toepassing van het Europese proportionaliteitsbeginsel zou met zich kunnen brengen, dat het bestuur moet beoordelen of de te kiezen verdelingsprocedure een niet te zwaar middel is en noodzakelijk en geschikt is voor het doel wat ermee moet worden bereikt. Naar Nederlands recht is het proportionaliteitsbeginsel in de Awb gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2. Volgens deze bepaling mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De bestuursrechter past deze bepaling zeer terughoudend toe. Hij interpreteert deze bepaling zo, dat de wetgever met deze tot het bestuur gerichte bepaling niet heeft beoogd de rechterlijke toetsing te intensiveren ten opzichte van de rechterlijke toetsing aan het verbod van willekeur – de zoge-

75. De jurisprudentie heeft overwegend betrekking op degenen die als ambtenaar, adviseur of bestuurder bij de besluitvorming wordt betrokken en veel minder op het handelen van bestuursorganen zelf. Vgl. A.R. Neerhof, De reikwijdte van het verbod van vooringenomenheid, *JB Plus* 2004, p. 38 e.v.

heten marginale toetsing – zoals die zich had ontwikkeld onder de vigeur van de wet Arob.⁷⁶ Met andere woorden: het Europese recht vereist evenredigheid, terwijl het Nederlandse recht slechts niet-onevenredigheid vereist. Tussen die twee zit een aanzienlijk verschil. De Nederlandse bestuursrechter neigt derhalve (vooralsnog?) niet naar een Europese invulling van artikel 3:4 lid 2 Awb.⁷⁷ Overigens laat ook het Hof van Justitie EG, bij elk van de drie genoemde stappen die het bij de toepassing van dit beginsel zet, ruimte voor een (zeer) marginale toetsing, zulks is afhankelijk van de aard van het besluit dat ter beroordeling staat.

Kortom, hoe die belangenafweging moet plaatsvinden vertellen deze bepalingen niet. Dat is een verschil, zij het een relatief verschil, met het aanbestedingsrecht, waarin de richting waarin de belangenafweging moet plaatsvinden, met behulp van het concurrentiebeginsel reeds is geïntegreerd. Het criterium om te bepalen wat de beste aanvraag is, staat daar immers al vast: hetzij alleen de prijs, hetzij de economisch voordeligste aanbidding. De bevoegdheid tot vergunningverlening is lang niet altijd in die mate voorgestructureerd. Dat geldt in het bijzonder bij de vergelijkende toets, die er juist op is gericht ook met heel andere factoren rekening te houden.

c. Doorzichtigheid

Staat het vereiste van objectiviteit in de weg aan 'vriendjespolitiek', het doorzichtigheidsbeginsel staat in de weg aan 'achterkamertjespolitiek'. Het doorzichtigheidsbeginsel is tot op zekere hoogte een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, hoewel het in het algemene bestuursrecht onder die benaming niet bekend is. Veeleer is het naar Nederlands bestuursrecht te begrijpen onder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het formele rechtszekerheidsbeginsel, waarvan het een bepaald aspect vormt. Getransformeerd naar het algemene bestuursrecht verlangt het doorzichtigheidsbeginsel van te voren bekendmaking van met name de gronden en de wijze waarop een vergunning zal worden verleend. Zo ver gaat het algemene bestuursrecht echter niet.

Het algemene bestuursrecht kent geen algemene verplichting voor bestuursorganen om de bij het gebruik van hun bevoegdheid gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken. Daarover is overigens wel nagedacht. De Commissie Scheltema heeft in haar voorontwerp voor de derde tranche van de Awb voorgesteld een bepaling van die strekking op te nemen, maar dat voorstel heeft de eindstreep niet gehaald. Het behoeft geen betoog dat een dergelijke verplichting zeer zou bijdragen aan de doorzichtigheid van het gevoerde en te voeren beleid.

De Commissie Scheltema stelde voor in de titel over beleidsregels een bepaling op te nemen die voorschrijft dat indien een bestuursorgaan een vaste gedragslijn volgt, deze in beginsel in een beleidsregel wordt neergelegd. Het betrof artikel 4.4.2 van het, uit

76. ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 93; AB Klassiek, 5^e druk Deventer 2003, nr. 36, m.nt. B.W.N. de Waard (Maxis en Praxis).

77. Zie Widdershoven a.w., p. 310. Dit ligt overigens anders bij de rechterlijke beoordeling van bestuurlijke sancties.

1991 daterende, voorontwerp.⁷⁸ Dit voorstel werd echter door de regering niet overgenomen. Ons bestuursrecht kent dan ook geen algemene verplichting tot vaststelling van beleidsregels. Scheltema heeft er later – mijns inziens terecht – op gewezen dat voor het gelijkheidsbeginsel niet zozeer de legaliteitseis doorslaggevend is, maar de eis dat het bestuur volgens algemene regels te werk gaat. Daarom was deze door de regering niet overgenomen bepaling zijns inziens voor het gelijkheidsbeginsel in wezen belangrijker dan de legaliteitseis.⁷⁹

Nu vergt het nogal wat van bestuursorganen om iedere regel die het bij het gebruik van een bestuursbevoegdheid hanteert, ordentelijk op schrift te zetten en te publiceren. De inspanning die dat vraagt – met andere woorden: de bestuurlijke last die dat met zich brengt –, moet beslist niet worden onderschat. Noch is altijd duidelijk wanneer sprake is van een vaste gedragslijn. Het valt niettemin te betreuren dat deze bepaling het Staatsblad nooit heeft bereikt. Misschien gaat het voorschrift echter wel iets te ver deze bepaling voor het gehele bestuursrecht te laten gelden en is het verstandiger eerst op deelterreinen ervaring op te doen. Voor de verdeling van schaarse vergunningen zou invoering van dit voorschrift mijns inziens een goede zaak zijn.

Uit de interferentie van het gelijkheidsbeginsel, het concurrentiebeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel vloeien nadere eisen voort die over het algemeen in het bestuursrecht niet gelden. In het bijzonder geldt dat voor de aanbestedingsprocedure, de veilingprocedure en de vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod. Zo dient hier de identiteit van de aanvrager nogal eens geheim te blijven, zeker in de fase van de selectie. De reden hiervoor is dat samenspanning moet worden voorkomen, zulks staat immers aan concurrentie in de weg. Het zijn de gelijke kansen van de concurrerende aanvragers die niet mogen worden verstoord. Verder dienen alle aanvragers dezelfde informatie te verkrijgen. Dit heeft consequenties voor het verstrekken van nadere informatie door het bestuursorgaan of de aanvrager. In het bestuursrecht is normaal gesproken het uitgangspunt dat het vragen van nadere inlichtingen aan het bestuursorgaan geen doorbreking van het gelijkheidsbeginsel teweeg brengt, omdat iedere aanvrager gelijke mogelijkheden heeft de inlichtingen op te vragen, ongeacht of de aanvrager daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruikmaakt. De interferentie van de genoemde rechtsbeginselen brengt echter met zich dat een geheimhoudingseis kan gelden, waardoor nadere informatie slechts kan worden verstrekt voorzover alle aanvragers die gelijktijdig ter beschikking krijgen.

De UMTS-veiling biedt een helder voorbeeld: de identiteit van de aanvragers blijft geheim; alleen de identiteit van de deelnemers aan de veiling wordt – voorafgaand aan de veiling – bekendgemaakt (Regeling aanvraag vergunning voor IMT-2000, Stcrt. 2000, 71). Na afloop van ieder veilingronde wordt per kavel het hoogst geboden bedrag op die kavel bekend gemaakt, alsmede de identiteit van de deelnemer die

78. Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Derde tranche*, Den Haag 1991.

79. M. Scheltema, Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht, *NJB* 1996, p. 1359.

dat bod heeft uitgebracht (Regeling veiling gebruiksrecht radio-frequenties voor IMT-2000, Stcrt. 2000, 71).

d. Consistentie

Behalve deze normen verdient ook de tijdigheid van de uitvoering van de procedure de aandacht. Het aanbestedingsrecht kent zelf, als de procedure eenmaal in gang is gezet, strikte termijnen. Het is in beginsel aan het bestuursorgaan het tijdstip te bepalen waarop met een verdelingsprocedure wordt begonnen. Maar soms dwingen Europese regels dat bepaalde vergunningen tijdig worden verdeeld. Ook kan het zijn dat een bestuursorgaan zichzelf door middel van bekendgemaakt beleid – al dan niet op grond van Europese voorschriften – zo zeer heeft gebonden, dat uitstel niet meer geoorloofd is.

Dat was bijvoorbeeld het geval bij de herverdeling van de frequentieruimte voor de commerciële radio, Zero-base. Daar had het kabinet zichzelf gebonden aan zijn beleid de vergunningen te veilen en kon de rechter de – op zichzelf vérgaande – uitspraak doen, dat het kabinet voor een bepaalde datum door middel van een veiling de vergunningen moest verlenen.⁸⁰ De voorzieningenrechter overwoog, op gronden die door het kabinet eerder waren aangegeven, en die hij onderschrijft, dat er in dit kader onvoldoende grond is te kiezen voor een vergelijkende toets. Hij overwoog dat de ministers juridisch en feitelijk geen andere keuze konden maken dan over te gaan tot verlening van vergunningen voor het gebruik van de commerciële omroep beschikbare Zero-basefrequenties voor een langjarige periode (acht jaar), door middel van een *veiling*. Hij trof daartoe de voorlopige voorziening dat uiterlijk op 16 september 2002 een bekendmaking als bedoeld in artikel 3 lid 1 en 3 Frequentiebesluit wordt gedaan (met andere woorden: een procedurebesluit is bekendgemaakt), inhoudende dat de vergunningen door middel van de procedure van de veiling zullen worden verleend, alsmede dat de te verlenen vergunningen met ingang van 1 februari 2003 in gebruik zijn gegeven. Van belang is dat het kabinet eigenlijk een veiling wilde, maar daarover geen overeenstemming bereikte met de Tweede Kamer en daarom maar voor uitstel koos: de tijdelijke verlenging van de vergunningen. De rechter dwong het kabinet zich echter aan zijn eigen regels te houden.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat zoiets natuurlijk slechts goed gaat zolang de regels niet worden veranderd. Zoals eerder gezegd, is dat laatste wel gebeurd. Deze verandering noopte uiteraard ook de rechter tot een andere koers. In de wijziging van het Frequentiebesluit vond de voorzieningenrechter aanleiding zijn eerdere voorlopige voorziening te wijzigen.⁸¹

80. Vznr. Rb Rotterdam van 24 juli 2002, AB 2002, 326 m.nt. GC. Bij deze uitspraak zijn enige procesrechtelijke kanttekeningen te plaatsen, die echter in het kader van deze rede terzijde kunnen blijven; verwezen zij naar de annotatie, waarin de vraag wordt gesteld of een zo vér strekkende opdracht als i.c. door de voorzieningenrechter gegeven, wel past bij het karakter van een voorlopige voorzieningprocedure, nu in een dergelijke procedure, wat betreft de rechtmatigheid van de bestreden besluiten, het oordeel van de voorzieningenrechter een voorlopig karakter heeft en dat oordeel niet bindend is voor de beslissingen op bezwaar of (eventueel) in de hoofdzaak.

81. Vznr. Rb Rotterdam 11 oktober 2002, AB 2003, 118 m.nt. GC.

De zelfbinding vloeit bovenal voort uit het consistentiebeginsel. De verplichting consistent te handelen betekent met name dat de overheid zich in beginsel aan door haar zelf gestelde regels moet houden en deze op stelselmatige wijze dient toe te passen. Dit beginsel wordt in de bestuursrechtelijke literatuur ook wel wordt aangeduid als de eis van stelselmatigheid.⁸²

Het fenomeen zelfbinding van het bestuur en de consequenties daarvan voor bestuur en burger krijgt langzaam maar zeker in het Staats- en bestuursrecht de aandacht die het verdient, maar daar zou nog wel een schepje bovenop mogen worden gedaan. Slechts waar de zelfbinding uitmondt in beleidsregels in de zin van de Awb, staat het verschijnsel volop in de juridische belangstelling. Men zie over zelfbinding: J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen 1983, p. 189; H.E. Bröring, *Richtlijnen*, diss. Groningen 1993, p. 26; F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd*, diss. VU 1996, p. 248 e.v. In zijn lezenswaardige rede laat Voermans de zelfbinding echter voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel, men zie W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie Leiden 2003, Deventer 2004, p. 4, p. 14 e.v. Zoals ik in mijn dissertatie uitvoerig heb betoogd, acht ik zulks minder gelukkig, omdat dat een te beperkte aanpak is: zelfbinding kan immers ook ontstaan op andere gronden dan wettelijke voorschriften.

In veel bestuursrechtelijke literatuur wordt in dit verband volstaan met het noemen van de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Het consistentiebeginsel heeft echter een iets verdere strekking dan reeds volgt uit de interferentie van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel geeft niet aan waarom de overheid in beginsel gebonden is aan door haar nieuw opgesteld beleid, er heeft zich immers nog geen precedent voorgedaan, er is nog geen gerechtvaardigd vertrouwen opgewekt. Is dat wel het geval, dan volgt uit het rechtszekerheidsbeginsel het voorschrift dat men zich aan de regels houden moet. De verplichting om een eenmaal gekozen verdelingsprocedure onverkort af te werken en er niet van af te wijken wordt in het bijzonder op dit beginsel gebaseerd.

4.4 De verdelingsprocedures

In het kader van deze rede ontbreekt mij de ruimte om dieper in te gaan op de het karakter van de toepasselijke normen, noch om andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de vergelijking te betrekken. Maar doordat (bepaalde) algemene bestuursrechtelijke normen zijn vergeleken met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, is het nu beter mogelijk te bezien wat hun betekenis is voor de keuze voor de ene of de andere verdelingsprocedure en daarmee samenhangend welke (nadere) eisen zij stellen aan de inrichting van de verdelingsprocedure.

Alle verdelingsprocedures dragen tot op zekere hoogte bij aan de bewerkstelling van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, reeds omdat het procedures van algemene aard zijn die nauwgezet en consequent moeten worden

82. Zie Damen e.a., a.w., p. 53, 54.

toegepast. Zoals gezegd, doen zij dat echter niet in gelijke mate. De bewering dát een verdelingsprocedure bijdraagt aan de rechtsgelijkheid zegt op zichzelf nog niet zo heel veel. Interessant wordt het vooral als aangegeven kan worden wanneer een procedure in onvoldoende mate bijdraagt aan de rechtsgelijkheid.

De procedure die gebaseerd is op de volgorde van de ontvangst van de aanvraag, kán in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel. Zoals gezegd, is het gelijkheidsbeginsel hier gericht op de gelijke behandeling van ongelijke gevallen – de verschillende aanvragers – en dienen daarvoor relevante differentiatiecriteria te worden gehanteerd. Bij de methode die gebaseerd is op de volgorde van de ontvangst van de aanvraag kan de meest geschikte aanvrager achter het net vissen, omdat er geen andere onderlinge vergelijking wordt gemaakt dan de vaststelling van de volgorde van binnenkomst. Lang niet altijd zal deze wijze van verdelen goed aansluiten bij de doeleinden van de wettelijke regeling waarop de te verlenen vergunning is gebaseerd. Dat is afhankelijk van het oogmerk van die regeling en van het antwoord op de vraag welke differentiatiecriteria in het licht van dat oogmerk aangewezen zijn. Een objectieve rechtvaardiging voor het gebruik van deze methode bestaat bijvoorbeeld wanneer de gerechtvaardigde verwachting bestaat dat de eerste aanvrager het snelst de activiteit zal kunnen uitvoeren en aan die snelle uitvoering ook behoefte is.

Op grond van de Telecommunicatiewet wordt bij het ontbreken van schaarste de vergunning in veel gevallen verleend op volgorde van de ontvangst van de aanvraag. Verberne, a.w., p. 271, wijst erop dat deze keuze van de wetgever voor dit soort verdelingsprocedure in haar ogen niet vanzelfsprekend is: indien zich later wel krapte voordoet kunnen zich problemen voordoen wat betreft de ongelijkheid van behandeling.

Iets soortgelijks geldt voor de lotingsprocedure. Bij een loting heeft iedere deelnemer dezelfde kansen. Wat is er meer in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel dan dat? Toch kan het gebruik van een lotingsprocedure heel wel in strijd zijn met het (relatieve) gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel dwingt immers in beginsel om differentiatiecriteria vast te stellen. In veel gevallen zal er een doel zijn, een rechtens te beschermen belang, met het oog waarop de vergunning wordt verleend. Daarop is een differentiatiecriterium te baseren; voor een loting is dan geen plaats. Een lotingsprocedure is slechts geschikt in de gevallen waarin het voor het bestuursorgaan werkelijk onmogelijk is om een onderscheidend criterium te hanteren. Door middel van een gewogen loting wordt toch een bepaald verdelingscriterium in de procedure betrokken. De lotingsprocedure is meer dan welke procedure dan ook gericht op absolute gelijkheid. Wanneer bepaalde wegingsfactoren in de procedure worden verdisconteerd, is de lotingsprocedure mede gericht op het bewerkstelligen van relatieve gelijkheid. Zo vormen bij de lotingsprocedure voor de toelating tot het hoger onderwijs de gemiddelde eindexamenresultaten het gewogen differentiatiecriterium.

Ter relativering zij opgemerkt dat, hoewel het uitgangspunt is dat het bestuursorgaan steeds differentiatiecriteria moet vaststellen, er bij hoge uitzon-

dering situaties denkbaar zijn waarin het niet realistisch is zulks van het bestuur te verlangen. Een enkele keer *zijn* er gewoonweg geen relevante criteria. Bij gebrek aan beter resteert dan welhaast geen andere weg dan een procedure die is gebaseerd op het (ietwat willekeurige) systeem van 'wie het eerst komt, het eerst maalt' of een loting. Een andere reden om een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat het bestuursorgaan differentiatiecriteria moet vaststellen, is dat het wellicht nog wel mogelijk is een vergelijkende toets, een veiling of een aanbesteding te organiseren, maar dat daardoor in het licht van de te behartigen belangen de uitvoeringskosten onevenredig hoog zouden worden en om die reden toch met een eenvoudiger verdelingsprocedure moet worden volstaan.

Het is een misverstand te menen dat een vergelijkende toets leidt tot subjectiviteit, al is het gevaar daarvoor groter dan bij de andere soorten verdelingsprocedures. De eis van objectiviteit geldt, zoals gezegd, in het gehele bestuursrecht en dus ook voor vergelijkende toetsen. Het is goed mogelijk de procedure van de vergelijkende toets zo in te richten dat zij de toets aan de objectiviteitseis kan doorstaan. Dat behoort dan ook te gebeuren. De objectiviteit is mede afhankelijk van de criteria aan de hand waarvan de vergelijking wordt gemaakt. Deze eis staat er niet aan in de weg dat de criteria beleidspolitieke keuzen bevatten. Voor de controle op objectiviteit is voorts van belang dat de criteria in voldoende mate kenbaar zijn.

Ter illustratie daarvan is het goed nog even terug te keren naar de Zero-basevergunningen. Het kabinet Balkenende I wilde de vergunningen niet veilen, zoals het kabinet Kok II voor ogen stond, maar verlenen aan de hand van een vergelijkende toets in combinatie met een financieel bod. Dat is uiteraard een politieke beslissing, waarover de coalitiegenoten overeenstemming hadden bereikt. Om die vergelijkende toets inhoudelijk objectief te laten verlopen, werden bij voorbaat – naast de al bestaande procedurele en inhoudelijke criteria – aanvullende criteria opgesteld, inhoudende dat de toelatingseisen tevens betrekking kunnen hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen die een rol spelen bij het gebruik van frequentieruimte, waarbij rekening kan worden gehouden met pluralisme in de media (art. 6 lid 3 Frequentiebesluit).

Hoewel het doorzichtigheidsbeginsel met name in formeel opzicht minder ver is uitgewerkt voor de vergelijkende toets, gaat het veel te ver om de vergelijkende toets te bestempelen als een vorm van achterkamertjespolitiek. Zoals gezegd, dienen de criteria van tevoren te worden bekendgemaakt.

Een voor de bestuurspraktijk niet gemakkelijk aspect van de vergelijkende toets is, dat het bestuursorgaan reeds bij de aanvang goed moet weten wat het wil. Het is niet toegestaan gedurende de procedure de selectie- en gunningscriteria te wijzigen of deze pas later volledig vast te stellen. Daaraan kan soms behoefte bestaan, vooral in die gevallen dat het bestuur nog niet precies voor ogen heeft staan wat voor soort resultaat het beoogt. De verleiding is dan groot om eerst af te wachten hoeveel en wat voor soort aanvragen binnenkomen, en pas daarna op basis daarvan de precieze criteria vast te stellen. Deze praktijk moet echter in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel worden geacht. Uiteraard is ook bij de andere soorten procedures dit soort praktijken

niet toegestaan, maar daar lijkt het bestuur daartoe minder in de verleiding te komen.

Indien vergunningen schaars zijn, ligt het, tegen de economische achtergrond bezien, enigszins voor de hand om ze met behulp van een mechanisme te verlenen dat op concurrentie is gericht. De praktijk leert dat dat lang niet altijd gebeurt; daarvoor zijn vanuit andere invalshoeken goede argumenten aan te dragen. Het concurrentiebeginsel is, zoals gezegd, geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Van de genoemde soorten procedures zijn de veilingprocedure en de aanbestedingsprocedure bij uitstek gericht op het verlenen van vergunningen 'in concurrentie'. Ook bij de vergelijkende toets kan er tot op zekere hoogte sprake zijn van (economische) concurrentie, maar kenmerkend voor deze procedure is juist dat ook andere factoren meewegen.

Niet verwonderlijk overweegt de NMa inzake Zero-base dan ook dat de verdeling van een schaars goed via een veiling in beginsel tot een optimale uitkomst leidt, terwijl een verdelingsmethode die een combinatie is van een veiling voor nieuwkomers en een vastgestelde vergoeding voor bestaande partijen, kan leiden tot een uitkomst die niet optimaal is in termen van economische efficiëntie (openbaar advies 2126/28).

Het doorzichtigheidsbeginsel en de interferentie van dit beginsel met het gelijkheidsbeginsel en het concurrentiebeginsel leiden tot hoge eisen die aan de procedure van aanbesteding worden gesteld. Zo wordt vereist dat vooraf helderheid wordt verschaft over de criteria die bij de gunning worden toegepast en over een aantal voor het uitbrengen van de offerte van belang zijnde feiten en gegevens met betrekking tot de aard en de omvang van de opdracht. Het doorzichtigheidsbeginsel brengt met zich dat de verschillende aanbieders de gegevens hebben die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke – dat wil met name zeggen: concurrerende – aanbidding te kunnen doen. De doorzichtigheid geldt in het aanbestedingsrecht dus niet alleen voor de verhouding tussen overheid en burger, maar tot op zekere hoogte ook tussen de burgers (de aanbieders) onderling. Uit de interferentie van het gelijkheidsbeginsel, het concurrentiebeginsel en het doorzichtigheidsbeginsel vloeien voorts bijzondere eisen voort ten aanzien van de informatieverstrekking over en weer.

Tegen deze achtergrond wordt duidelijk dat de keuze voor de ene of de andere soort verdelingsprocedure, voorzover de wet die keuzeruimte laat, bepaald niet ongenormeerd is. Men zou wellicht kunnen denken dat voorzover de aanvragers aan de verleningsvoorwaarden voldoen, zij alle voor het recht gelijk zijn en het derhalve rechtens niet meer relevant is op welke wijze het bestuursorgaan zijn keuze maakt. Naar het mij voorkomt, is het steeds moeilijk die stelling vol te houden. Omdat het bestuursorgaan het algemeen belang behartigt, dient het de beschikbare vergunningen aan de meest geschikte aanvragers te verlenen. Wie de meest geschikte aanvrager is, moet, zoals gezegd, primair worden bezien in het licht van de doelstellingen van de regeling waarop de bevoegdheid om de vergunningen te verlenen berust. Van belang is dat behalve de verleningsvoorwaarden in het bijzonder ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden. Op deze beginselen – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, de eis van objectiviteit, het doorzichtigheidsbeginsel en

het rechtszekerheidsbeginsel – is de rechtsplicht voor het bestuursorgaan te baseren om de vergunningen te verlenen aan de meest geschikte aanvrager(s).

5. Geen wettelijke grondslag?

Voor de bevoegdheid van een bestuursorgaan een vergunning te verlenen is in beginsel een specifieke wettelijke grondslag nodig. Maar dat wil niet noodzakelijkerwijs zeggen dat de toepasselijke wet tevens aangeeft met behulp van wat voor soort procedure de vergunning moet worden verleend. Wanneer de wet voor de verdeling van schaarse vergunningen niet een bepaald soort procedure voorschrijft, doet zich de vraag voor in hoeverre het bestuursorgaan de vrijheid heeft om zelf het soort procedure te bepalen. Kan het bijvoorbeeld kiezen voor een veiling? Het antwoord is afhankelijk van de discretionaire ruimte die de wetgever aan het bestuur heeft overgelaten. Artikel 3.3 lid 4 Tw bijvoorbeeld schrijft drie soorten procedures voor. Dat betekent hier dat een ander soort procedure – te denken valt bijvoorbeeld aan de loting – hier niet is toegestaan.

Meer dan eens zwijgt de wet over het soort procedure dat moet worden gevolgd en blijkt dit ook niet duidelijk uit de strekking van de wet, noch uit haar toelichting. De bevoegdheid tot het nemen van een beslissing omtrent de wijze waarop de vergunning wordt verleend, is in die gevallen een bevoegdheid die inherent is aan de bevoegdheid om de vergunning te verlenen. Met andere woorden: de bevoegdheid een bepaald soort procedure te kiezen is een zogeheten *geïmpliceerde* bevoegdheid.

In het Staats- en bestuursrecht komen nogal wat geïmpliceerde bevoegdheden voor, ofschoon deze categorie in de literatuur niet steeds uitdrukkelijk wordt onderkend. Enige andere voorbeelden van geïmpliceerde bevoegdheden, voorzover de wet deze bevoegdheden niet uitdrukkelijk toekent, zijn: de bevoegdheid om voorschriften aan beschikkingen te verbinden, de bevoegdheid een beschikking in te trekken of te wijzigen en de bevoegdheid om overeenkomsten over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid te sluiten. Men zie meer uitvoerig over dit soort bevoegdheden: F.J. van Ommeren, Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden? *RM Themis* 2002, p. 123 e.v.

Wanneer de wet voldoende ruimte laat om een vergunning te veilen, is in abstracto niet zo gemakkelijk te zeggen. Er zijn echter wel enige aanknopingspunten. De (hiervoor besproken) bestuursrechtelijke normen moeten uiteraard ook nu in acht worden genomen. Naast de wettelijke voorschriften die het bestuursorgaan de bevoegdheid toekennen om de vergunning te verlenen, biedt in het bijzonder artikel 3:4 lid 1 Awb enig houvast. Ingevolge deze bepaling dient het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen. Dit betekent dat in het bijzonder het wettelijke beoordelingskader, waaraan de vergunningaanvraag moet worden getoetst, bepalend

is voor de ruimte van het bestuursorgaan om vrijelijk een bepaald soort verdelingsprocedure te kunnen kiezen.

Dit brengt met zich dat een veilingprocedure alleen mogelijk is indien in de fase van de selectie van de gegadigden *alle betrokken belangen* kunnen worden meegewogen. Is dat niet het geval, dan is een veiling niet toegestaan. In de fase van de gunning wordt immers bij een veiling per definitie nog maar op één aspect gelet, meestal op de prijs die moet worden betaald. Hetzelfde geldt a fortiori voor een loting, waarbij het bestuur immers na de selectie van deelnemers geen enkele invloed meer kan uitoefenen op de uitkomst van het besluit en ook voor het systeem waarin de volgorde van de ontvangst van de aanvraag maatgevend is. De aanbesteding en de vergelijkende toets bieden het bestuursorgaan daarentegen een grotere mate aan discretionaire ruimte; voorwaarde is wel dat een dergelijke verdelingsprocedure past in het kader van de doelstelling van de wettelijke regeling waarop de verlening van de vergunning is gebaseerd.

Uit de jurisprudentie is verder bekend dat, wanneer de bijzondere wet een volledige afweging vereist, het een bestuursorgaan niet is geoorloofd de hem toegekende discretionaire ruimte (ruim) van tevoren dicht te reguleren, met als gevolg dat het geen acht meer zou kunnen slaan op nieuwe inzichten (AGRvS 1 september 1992, AB 1993, 400 m.nt. ThGD). Ook hiermee zal bij de selectie van de gegadigden rekening moeten worden gehouden.

Met de analyse van de ruimte voor de belangenafweging zijn we er nog niet helemaal. Kenmerkend voor de veiling is immers dat een prijs moet worden betaald. Het is de vraag in hoeverre voor de verlening van een vergunning zonder een uitdrukkelijk daartoe strekkende wettelijke grondslag een financiële tegemoetkoming kan worden gevraagd. Men zou wellicht kunnen denken dat het überhaupt niet aangaat dat een bestuursorgaan geld vraagt voor het verrichten van een handeling die het in het kader van zijn publieke taak moet verrichten. Die gedachte is gestoeld op het uitgangspunt dat het bestuursorgaan in wezen een opdracht van de wetgever uitvoert, dat de aanvragers uitsluitend bij hem terecht kunnen en ook niet buiten hem om kunnen omdat zonder de aangevraagde vergunning de gewenste activiteit verboden is. Met andere woorden: het bestuursorgaan heeft terzake een soort monopoliepositie. Maar zo algemeen gesteld gaat die gedachte in ons recht niet op. Zo is het gebruikelijk dat bestuursorganen leges heffen voor het verrichten van bepaalde handelingen. Voor het heffen van leges en (andere) belastingen is echter steeds een wettelijke grondslag vereist (art. 104 Gw). Naast de democratische legitimatie verzekert dit ook dat de hoogte van de te heffen bedragen bij voorbaat vaststaat en dat de bescherming van de belangen van de burger goed geregeld is.

Blijkens de jurisprudentie is het onder bepaalde – tamelijke stringente – voorwaarden toegestaan dat een bestuursorgaan een financiële tegemoetkoming vraagt voor het verrichten van de gevraagde handeling, ook als er geen uitdrukkelijke daartoe strekkende wettelijke grondslag is. Niet helder is wanneer dit wel of niet mag en tot welke hoogte een financiële bijdrage aanvaardbaar is.

De bestuursrechter is behoorlijk streng waar het betreft het vragen van een financiële bijdrage zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Een financiële bijdrage is toelaatbaar, mits, ten eerste door voldoening daarvan een rechtstreekse bijdrage wordt geleverd aan de doelstelling van de wettelijke bepaling waarop de vergunning berust, ten tweede de verlening van de vergunning in het algemeen belang tot het heffen van een geldbedrag noopt en ten derde er niet een andere, uit hoofde van rechtsbescherming meer aanvaardbare, mogelijkheid is om een financiële bijdrage te verlangen.⁸³ Ook de burgerlijke rechter heeft overwogen dat aan een vergunning voorschriften kunnen worden verbonden waaronder het betalen van een vergoeding die is gebonden aan het doel van het vergunningsvereiste.⁸⁴

Een belangrijk verschil tussen de vraag waar het hier om gaat en de jurisprudentie is dat in deze rechtspraak de financiële bijdrage niet werkt als verdelingsmechanisme, maar dat – indien de aanvrager in beginsel aan de voorwaarden voldoet – *daarenboven* nog een financiële bijdrage wordt gevraagd. Deze rechtspraak heeft geen betrekking op vergunningen die schaars zijn in de zin van deze rede (er is geen plafond), maar het bestuursorgaan gebruikt zijn positie om tevens een financiële bijdrage te krijgen. Deze rechtspraak kan dan ook niet zonder meer worden toegepast op de vraag of een veiling zonder daartoe strekkende wettelijke grondslag toelaatbaar is.

Het CBB heeft geoordeeld over een zaak waarin de minister van V&W bevoegd was een vergunning te verlenen op grond van Wet personenvervoer (oud) en waar de vraag rees of de minister die vergunningen met behulp van een openbare aanbestedingsprocedure mocht verlenen. Meer precies geformuleerd was de vraag of de minister aan de juridische vergunningverlening een openbare aanbestedingsprocedure mocht laten voorafgaan, terwijl de wet die procedure niet kende. Deze zaak geeft echter weinig inzicht omdat de wet wel een mogelijkheid kende om te experimenteren, maar daarvan i.c. geen gebruik werd gemaakt. Dat was volgens de rechter echter wel de aangewezen weg geweest. Het CBB vernietigde het besluit dan ook wegens strijd met de wet.⁸⁵

Het voorafgaande maakt het moeilijk met zekerheid te zeggen wanneer een veiling van vergunningen zonder wettelijke grondslag is toegestaan. De bestuursrechtelijke jurisprudentie over buitenwettelijke financiële tegemoetkomingen staat bekend als lastig en het leerstuk is nog niet goed uitgekristalliseerd. Vooralsnog schat ik in dat de rechter behoorlijk terughoudend zal zijn.

Een aardig voorbeeld vormt ook de voorgenomen veiling van een vergunning voor de exploitatie van een speelautomatenhal door het gemeentebestuur van Capelle aan de IJssel. Daarbij werd van de uitverkoren kandidaat een ‘maatschappelijke bijdrage’

83. ARRS 30 augustus 1985, AB 1986, 243 m.nt. D.A. Lubach (Rabobank Stompwijk Zoeterwoude) en ABRvS 1 februari 1995, Gst. 7013, 8 m.nt. C.P.J. Goorden (Kapvergunning Bussum).

84. HR 19 mei 2000, AB 2000, 428 m.nt. PvB ('s-Gravenhage/Staat).

85. CBB 4 december 1997, AB 1998, 52 m.nt. JHvdV.

verwacht, bestaande uit al dan niet financiële steun aan andere projecten in de gemeente. De minister van BZK ging echter niet akkoord.⁸⁶

Kortom, het gaat te ver om te zeggen dat zonder wettelijke grondslag vergunningen in beginsel niet mogen worden geveild, maar daar staat tegenover dat de voorwaarden waaraan moet worden voldaan wel eens dermate stringent kunnen zijn, dat een veiling zonder wettelijke grondslag niet vlug toelaatbaar zal zijn.

Tot nu toe gaat het om de rechtmatigheid van een veiling zonder uitdrukkelijk wettelijke grondslag. Iets anders is of het *wenselijk* is dat de overheid zonder wettelijke grondslag vergunningen veilt, verloot, aanbesteedt enz. Op grond van het staande kabinetsbeleid wordt het wenselijk geacht om veilingen van vergunningen die plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van het Rijk te funderen op een wettelijke basis; voorts wordt nagegaan hoe aan dit vraagstuk invulling kan worden gegeven ten aanzien van veilingen die worden verricht onder verantwoordelijkheid van lagere overheden.⁸⁷ Ik meen dat het over het algemeen niet wenselijk is het soort verdelingsprocedure geheel buiten de wettelijke regeling te houden, omdat het van belang is dat op voorhand duidelijk is in welke richting de wetgever denkt. Maar dat neemt niet weg dat het lang niet altijd haalbaar is om meer concreet te zijn dan bijvoorbeeld te bepalen dat de vergunning met behulp van een marktconforme methode moet worden verdeeld.

86. Ontleend aan Binnenlands Bestuur 2002, week 6, p. 17.

87. Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 254, p. 5 (kabinetsstandpunt over MDW-rapport 'Veilen en andere allocatiemechanismen').

6. De verdeling van privaatrechtelijke vergunningen

6.1 *De privaatrechtelijke vergunning*

Tot nu toe heb ik het karakter van hetgeen uiteindelijk wordt verleend – de vergunning – enigszins in het midden gelaten. De verlening van een vergunning wordt steevast aangemerkt als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Dat is ook vrijwel altijd zo, maar niet altijd. De (gewone) publiekrechtelijke vergunning heeft betrekking op de toestemming van een bestuursorgaan een uitzondering te maken op een bij of krachtens de wet gesteld gebod of verbod. Omdat de wet aan het bestuursorgaan de bevoegdheid toekent deze toestemming te verlenen, is het evident dat de verlening van de vergunning een publiekrechtelijke rechtshandeling is. Op grond van haar privaatrechtelijke bevoegdheden kan de overheid ook op privaatrechtelijke titel toestemming verlenen voor handelingen die anders verboden zijn. Dit soort toestemming wordt wel aangeduid als een privaatrechtelijke vergunning.

Een uit de jurisprudentie bekend voorbeeld van een privaatrechtelijke vergunning biedt het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 m.nt. G.P. Kleijn). De Staat heeft tegen Windmill een verbod gevorderd gipsslurry te lozen of te doen lozen op de Nieuwe Waterweg, zolang Windmill niet in het bezit is van een door de Staat als eigenaar van de Nieuwe Waterweg te verlenen 'privaatrechtelijke vergunning' tot het gebruik van dit water tegen betaling van een jaarlijkse vergoeding van f 1,25 per kubieke meter geloosd gipsslurry.

Bij schaarste kan ook voor de verdeling van dit soort vergunningen in beginsel worden gekozen uit een systeem waarin de volgorde van ontvangst bepalend is, al dan niet in combinatie met wachtlijst, dan wel uit een loting, een vergelijkende toets, een veiling of een aanbesteding. Voorts geldt hetgeen in het voorafgaande is gezegd over de normering van de verdelingsprocedure in beginsel ook voor de verdeling van overheidswege van privaatrechtelijke vergunningen. Ook hier is vereist dat de procedure voldoende mate beantwoordt aan de eisen van gelijkheid, objectiviteit, doorzichtigheid en consistentie.

Sedert het overbekende arrest Amsterdam-Ikon (HR 27 maart 1987, AB 1987, 273 m.nt. FHvdB) staat vast dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks van toepassing zijn op privaatrechtelijk overheidsoptreden. Men vergelijk ook artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb, die in wezen dezelfde gedachte tot uitdrukking brengen. Dit wil overigens niet zeggen dat alle (formele) vereisten uit het bestuursrecht doorslaggevend zijn wanneer bepalingen in een privaatrechtelijke over-

eenkomst anders voorschrijven (vgl. Coevorden/Gasfabriek: HR 9 april 1999, AB 2000, 36 m.nt. ThGD).

6.2 *Ter illustratie: benzinestations en bouw kavels*

Ik geef twee voorbeelden, één op centraal en één op decentraal niveau. Het eerste voorbeeld betreft de veiling van gebruiksrechten op benzinestations. Dit gebruiksrecht heeft betrekking op een langs een rijksweg gelegen perceel grond dat eigendom is van de Staat (en in beheer is bij Rijkswaterstaat) dat bestemd is voor een verkooppunt van motorbrandstoffen. Het gebruiksrecht houdt het recht in om op een bepaalde locatie een verkooppunt van motorbrandstoffen op te richten en te exploiteren. Het recht wordt verstrekt voor een periode van vijftien jaar; daarna wordt het opnieuw geveild. De verlening van het gebruiksrecht aan degene die het hoogste bod heeft uitgebracht, geschiedt door middel van het sluiten van een erfpachtovereenkomst.⁸⁸

De veiling van de gebruiksrechten vindt plaats door middel van een zogeheten *sequentiële first-price sealed bid* veiling (FPSB-veiling). Om de erfpachtovereenkomst te kunnen sluiten dient de betrokkene niet alleen te beschikken over een gebruiksrecht maar ook over een vergunning op grond van artikel 2 Wet beheer rijkswaterstaatswerken; aldus wordt niet alleen privaatrechtelijke maar ook publiekrechtelijke toestemming vereist. De gebruiksrechten voor alle motorbrandstofverkooppunten (ca. 250) langs rijkswegen worden gelijkmatig over een periode van 21 jaar geveild. De eerste veiling heeft plaatsgevonden op 11 december 2002. De tweede veiling heeft vorig jaar plaatsgevonden en de derde staat nu op stapel. Oogmerk van deze veilingen is meer marktwerking te introduceren en kansen te creëren voor nieuwe toetreders. Voorheen werden de rechten voor onbepaalde tijd verstrekt door middel van een gesloten en niet-openbaar uitgiftesysteem. Ook bij gemeenten en provincies bestaat thans belangstelling voor het veilen van locaties voor benzinestations.⁸⁹

Het tweede voorbeeld betreft de uitgifte van bouwgrond voor woonruimte door gemeenten. Zoals bekend, zijn er dikwijls meer gegadigden dan bouw kavels die bestemd zijn voor woonruimte. Gemeenten plegen daarom wel het recht op de koop van dit soort bouw kavels te verloten.⁹⁰ Dat gebeurt in het bijzonder in het geval dat een systeem op grond waarvan de volgorde van binnenkomst van de aanvraag bepalend is – al dan niet met wachtlijst – naar het oordeel van het gemeentebestuur geen soelaas biedt. Ook hier is sprake van een tweetrapsraket. Eerst vindt de selectie plaats van degenen die mee willen loten en vervolgens vindt de loting zelf plaats. Gemeenten willen in de selectiecriteria nog wel eens voorwaarden stellen die aan gegadigden die economisch of sociaal aan de gemeente gebonden zijn, een (sterke) voorkeurspositie geven.

88. Art. 28 Veilingreglement 2002. De reglementen zijn te vinden op de website van het ministerie van Financiën.

89. Zie Binnenlandsbestuur 2003, week 42, p. 19.

90. Zie voor een helder voorbeeld: Vznr. Rb Zwolle 21 november 2002, KG 2003, 104.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat uiteraard wel steeds moet worden gezien of de privaatrechtelijke weg, met inbegrip van de daarbij gehanteerde voorwaarden, is toegestaan. Zo is het bij de uitgifte van bouw kavels die bestemd zijn voor woonruimte de vraag of en in hoeverre de selectiecriteria van degenen die worden toegelaten tot de loting, aanvaardbaar zijn. Meer in het bijzonder is het de vraag in hoeverre de Huisvestingswet daardoor op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. In de (lagere) jurisprudentie wordt hierover verschillend gedacht.⁹¹ Dit soort vragen valt echter buiten de probleemstelling van deze voordracht.

6.3 *Gemeenschappelijke beslismomenten*

In de procedures die gericht zijn op de verdeling van privaatrechtelijke vergunningen zijn dezelfde gemeenschappelijke beslismomenten te onderscheiden als bij de verdelingsprocedures voor publiekrechtelijke vergunningen. Zo kost het niet al te veel moeite in de veilingprocedure van de gebruiksrechten op benzinestations deze beslismomenten aan te wijzen. In de eerste plaats moeten de te veilen locaties worden vastgesteld (het plafond). Vervolgens moeten de reglementen – het toelatingsreglement en het veilingreglement – worden vastgesteld. De derde stap betreft de vaststelling van het toelatingsbesluit: de directeur Domeinen beslist of de aanvrager kan worden toegelaten tot de veiling. Vervolgens vindt de veiling zelf plaats. De veilingmeester maakt aan de deelnemers bekend de hoogte van het hoogste bod alsmede door welke deelnemer dit bod is uitgebracht. De laatste stap betreft de verlening van het gebruiksrecht, daartoe wordt een erfpachtovereenkomst gesloten.

Nu moet nog het rechtskarakter van deze beslissingen worden bepaald. De vaststelling van de te veilen locaties is mijns inziens een concretiserend besluit van algemene strekking. Dat dit besluit betrekking heeft op de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid doet daaraan niet af. De consequentie is dat dit een besluit is in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, dat vatbaar is voor bezwaar en beroep. Hoewel artikel 8:3 Awb daarvoor niet is bedoeld, durf ik echter niet uit te sluiten dat de bestuursrechter – mijns inziens zou dat ten onrechte zijn – op dit besluit artikel 8:3 Awb van toepassing acht, omdat hij anders zou moeten kennisnemen van een besluit dat uiteindelijk betrekking heeft op een privaatrechtelijke vergunning.

De daarop volgende stappen zijn niet appellabel. De reglementen hebben geen wettelijke grondslag en zijn derhalve aan te merken als beleidsregels in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb. Dat de beleidsregeling betrekking heeft op de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid doet daaraan niet af.⁹² Ingevolge artikel 8:2 Awb is dit besluit niet vatbaar voor bezwaar en beroep. Het toelatingsbesluit is een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijk-

91. Zie voor een korte bespreking van deze jurisprudentie E.W.J. de Groot en G.A. van der Veen, *Contracteren over ruimtegebruik en publiekrechtelijke bevoegdheden; wat kan en wat niet kan*, *Bouwwrecht* 2003, p. 659, 660. Een wetsvoorstel tot wijziging van de Huisvestingswet dat over deze vraag uitsluitend moest bieden, in die zin dat dit soort voorwaarden niet (meer) geoorloofd zou zijn, is vrij onlangs ingetrokken (Kamerstukken II 2003/04, 29 624, nr. 1 betreffende Kamerstukken I, 1997/98, 25 334, nr. 324).

92. De Awb laat voor dit soort beleidsregels uitdrukkelijk de ruimte, zie PG Awb III, p. 40, 41.

ke rechtshandeling. Dit besluit is ingevolge artikel 8:3 Awb evenmin appellabel. Het toekenningsbesluit deelt in dit karakter, voorzover het al als zelfstandig besluit kan worden onderscheiden. De verlening van het gebruiksrecht en het sluiten van de erfpachtovereenkomst zijn uiteraard privaatrechtelijke rechtshandelingen.⁹³

Het niet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep van het toelatings- en toekenningsbesluit (met andere woorden: het selectie- en gunningsbesluit) loopt hier over de band van artikel 8:3 Awb. Met name De Haan is ten strijde getrokken tegen het bestaan van dit artikel. De Haan wijst er terecht op dat voordat wordt besloten tot aanbesteding van overheidswerken, -leveringen en -diensten, eerst het desbetreffende beleid (wijze van aanbesteding, selectie- en gunningscriteria) eenzijdig door de aanbestedende dienst wordt vastgesteld; zo behoort het zijns ziens eveneens te gaan bij belangrijke onroerend-goedtransacties van de overheid. Hij pleit ervoor dat dit soort beleidsbeslissingen vatbaar wordt voor bezwaar en beroep. Men zie P. de Haan, *Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen*, NTB 2004, p. 109 e.v. In de hiervoor gemaakte analyse kwam aan de orde dat de vaststelling van de selectie- en gunningscriteria niet appellabel is vanwege artikel 8:2 Awb. Bovendien bleek dat het niet uitgesloten is dat artikel 6:3 Awb in de weg staat aan de vatbaarheid voor bezwaar en beroep van het selectie- en gunningsbesluit. De Haan lijkt in het vuur van zijn betoog de werking van artikel 6:3 en 8:2 Awb over het hoofd te zien. Het verschil met het publiekrecht is dus minder groot dan het op het eerste gezicht lijkt.

93. Althans naar geldend recht. De 'Maastrichtse school' is het hiermee fundamenteel oneens. Zie met name: A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag 1997, p. 225 e.v.

7. Overgang van vergunningen

7.1 *De secundaire markt*

Als de vergunning eenmaal is verleend, is daarmee nog niet gezegd dat zij onder de eerste vergunninghouder blijft. In de primaire verdeling kunnen door de betrokkenen wijzigingen worden aangebracht, in het bijzonder wanneer het mogelijk is de vergunning over te dragen aan derden. Het is zinvol hier te onderscheiden tussen de *primaire* en *secundaire* markt. De primaire markt betreft de initiële inrichting. De secundaire markt heeft betrekking op de overgang van de vergunningen op grond van het vrije krachten spel van die markt. Het spreekt vanzelf dat wanneer de vergunning niet kan overgaan op een derde de secundaire markt niet van de grond komt.

Vanwege de mogelijkheid met veel minder (directe) overheidssturing de markt zijn werk te laten doen, krijgt de mogelijkheid de vergunningen overdraagbaar te laten zijn, de laatste jaren meer en meer aandacht in het overheidsbeleid; men zie in het bijzonder de twee MDW-rapporten betreffende 'Verhandelbare rechten' (kabinetsstandpunten zijn opgenomen in Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 149 en 182). De mogelijkheid van overgang van de vergunning vormt – in ieder geval tot voor zeer kort – enigszins een blinde vlek in het hedendaagse bestuursrecht. In de literatuur heeft de mogelijkheid van overdracht van de vergunning echter recent uitvoerig aandacht gekregen met het lezenswaardig proefschrift van C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen. De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht*, diss. UU 2003.

7.2 *Overdracht onder voorwaarden*

Wanneer het wenselijk is dat een goed functionerende secundaire markt ontstaat, is het raadzaam dat in de wettelijke regeling tot uitdrukking wordt gebracht dat de vergunning overdraagbaar is. Bepaald kan dan worden aan welke voorwaarden daarvoor moet worden voldaan. Zo is het van belang dat het bestuursorgaan op de hoogte blijft wie de vergunninghouder is. Dit wordt gerealiseerd door voor te schrijven dat de overdracht van de vergunning wordt gemeld bij het bestuursorgaan.

In veel gevallen kan echter niet met een meldingsplicht worden volstaan, maar is nodig dat voor de overdracht de toestemming van het bestuursorgaan is vereist. Dit is in het bijzonder het geval indien het wenselijk is dat alleen bepaalde burgers of bedrijven vergunninghouder mogen zijn. Niet voor niets kennen vrijwel alle verdelingsprocedures een selectiefase. Voorzover bij de verdeling van de vergunning door het bestuursorgaan bijzondere voorwaar-

den zijn gesteld, zullen deze voorwaarden ook moeten doorklinken bij de overdracht van de vergunning aan een derde. Zouden deze eisen niet eveneens kunnen worden gesteld aan de rechtsopvolger, dan zouden door middel van de overdracht heel gemakkelijk de selectievoorwaarden kunnen worden omzeild, al dan niet met behulp van een stroman. Met andere woorden: als er bijzondere eisen worden gesteld aan toelating tot de primaire markt, dan zullen deze eisen ook moeten gelden voor de toelating tot de secundaire markt; anders zou door middel van overdracht het stellen van eisen voor de toelating tot de primaire markt zinloos worden.

De Nederlandse bestuurswetgeving kent betrekkelijk weinig uitdrukkelijke regelingen voor de overdracht van vergunningen. Goede voorbeelden bieden vrij recente wetten als de Telecommunicatiewet, de Wet personenvervoer 2000 en de Mijnbouwwet. Deze wetten vereisen voor de overdracht de toestemming van het bestuursorgaan dat de vergunning heeft verleend.

Bij de totstandkoming van de wettelijke grondslag voor overdracht in de Telecommunicatiewet (art. 3.8) is er aanzienlijk over gestecheld of de overdraagbaarheid van de vergunning het uitgangspunt moest zijn, tenzij de minister de toestemming voor overdracht weigerde of dat de niet-overdraagbaarheid het uitgangspunt moest zijn, tenzij de minister daarvan ontheffing verleende.⁹⁴ In de wettekst zoals die uiteindelijk in het Staatsblad verscheen, is de overdraagbaarheid tot uitgangspunt genomen. In de Tweede Kamer werd verondersteld dat dit beter past bij het karakter van een open markt. Juridisch gezien is het verschil tussen het ene en het andere uitgangspunt overigens vrij betrekkelijk, althans zolang het beoordelingskader van de minister niet eveneens verschilt. De toestemming kan onder beperkingen worden verleend en er kunnen voorschriften aan worden verbonden. Uitdrukkelijk is bepaald dat de criteria die worden aangelegd voor het weigeren van de toestemming voor de overdracht dezelfde zijn als die voor het weigeren van de vergunning aan de oorspronkelijke aanvrager.

Het voorontwerp en het oorspronkelijke wetsvoorstel gingen uit van de overdraagbaarheid van de vergunning, mits daarvoor toestemming zou worden verleend door de minister. Zo geformuleerd lijkt overdraagbaarheid het uitgangspunt, maar kan de overdracht worden geweigerd indien daarvoor gronden zijn. Volgens de memorie van toelichting was echter bedoeld het algemene principe van de niet-overdraagbaarheid het uitgangspunt te laten zijn. De Raad van State vond dit – terecht – weinig helder en drong aan op een ondubbelzinnige formulering. De regering volgde dit advies op, zodat het wetsvoorstel luidde: 'De vergunning is niet overdraagbaar, tenzij daartoe ontheffing is verleend door Onze Minister.' Zo geformuleerd is de niet-overdraagbaarheid het uitgangspunt. De overgrote meerderheid van de Kamer bleek hier echter niet gelukkig mee en stemde in met een amendement om de overdraagbaarheid van vergunningen het uitgangspunt te laten zijn, mits aan de voorwaarden is voldaan: 'Een vergunning kan op aanvraag van de houder van die vergunning aan een ander worden overgedragen met toestemming van Onze Minister.'

94. J.M.E. van Breugel en E.J. Daalder (red.), *Telecommunicatierecht. De parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet*, Den Haag 1999, p. 179 e.v.

In de Wp 2000 is om vergelijkbare redenen een wettelijke grondslag voor overdracht opgenomen: op grond van deze wet is overdracht van de concessie aan een andere vervoerder met name slechts mogelijk indien deze voldoet aan de eisen die bij of krachtens de Wp 2000 aan de oorspronkelijke concessiehouder zijn gesteld (art. 41). Om soortgelijke redenen is een toestemmingsvereiste in de Mijnbouwwet opgenomen (art. 20).

Ook in de Mijnbouwwet kwam het toestemmingsvereiste er niet zonder slag of stoot. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de regering uitgegaan van het vereiste van *mededeling* aan de minister. De huidige bepaling is er bij amendement in gekomen.⁹⁵

7.3 Geen wettelijke grondslag?

In ieder geval tot voor kort werd er in veel gevallen door de wetgever niet over nagedacht of een vergunning wel of niet overdraagbaar moest zijn.⁹⁶ Dikwijls ontbreekt daarvoor dan ook een uitdrukkelijke wettelijke grondslag. In het bestuursrecht is het vraagstuk of en wanneer een vergunning overdraagbaar is, opmerkelijk weinig ontwikkeld. Ook is hoogst onduidelijk op welke wijze de overdracht moet plaatsvinden. Wanneer de wet geen uitdrukkelijke grondslag voor de overdracht bevat, kan daaruit niet zonder meer worden afgeleid dat de vergunning niet overdraagbaar is. Bepalend of een vergunning overdraagbaar is, is de aard van de vergunning en de inhoud, de strekking en het stelsel van de wettelijke regeling waarop de verlening van de vergunning berust.⁹⁷ Persoonsgebonden vergunningen zijn naar hun aard niet overdraagbaar; schoolvoorbeeld vormt het rijbewijs.

Om te bepalen of een recht overdraagbaar is, dient eigenlijk eerst het BW te worden geraadpleegd. Dat ligt voor de hand, aangezien de overdracht plaatsvindt tussen twee civiele partijen. Veel verder helpt het BW ons echter niet. Uit artikel 3:83 lid 3 BW volgt dat vergunningen slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dit bepaalt. Voor de overdraagbaarheid van vergunningen dient dus te worden gekeken naar de (bestuursrechtelijke) wet op grond waarvan de vergunning wordt verleend. Zie recent voor de uitleg van artikel 3:83 lid 3 BW: HR 9 april 2004, JB 2004, 201 m.nt. C.L. Knijff.

Ondanks – of misschien moet ik zeggen: vanwege – de onduidelijkheden kan de overdraagbaarheid van een vergunning naar huidig recht niet te snel worden aangenomen. De omstandigheid dat een vergunning schaars is en dat het de vergunningverlener in beginsel onverschillig laat wie de vergunninghouder is, maakt een vergunning nog niet overdraagbaar. Zo is het – opmerkelijk

95. Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 70.

96. Ingevolge het kabinetsstandpunt inzake het MDW-rapport 'Verhandelbare rechten' (Kamerstukken II 1999/00, 24 036, nr. 149), staat een nieuwe aanwijzing in de Aanwijzingen voor de regelgeving op stapel, teneinde hieraan iets te doen.

97. F.J. van Ommeren, Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten, *RegelMaat* 2002, p. 138 e.v. Zie ook uitvoerig Knijff, a.w.

genoeg – nog niet zo heel evident waarom de Amsterdamse parkeervergunning, waarover ik aan het begin van deze rede sprak, niet overdraagbaar is. De reden dat overdracht van de vergunning illegaal is, is mijns inziens dat het systeem van vergunningverlening, dat gebaseerd is op de volgorde van de aanvraag van de vergunning met een wachtlijst, daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist.

De parkeerverordening bevat over overdracht geen uitdrukkelijke voorschriften. Bepalend is derhalve of het vergunningstelsel ruimte voor overdracht laat en of de vergunning niet persoonsgebonden is. De strekking van de verordening – preciezer gezegd: het systeem van het vergunningstelsel dat daarop is gebaseerd – staat mijns inziens aan de overdracht in de weg: zoals gezegd, is de parkeervergunning niet overdraagbaar omdat daardoor het systeem van vergunningverlening op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Men zou wellicht ook kunnen denken dat de vergunning persoonsgebonden van aard is en daarom niet overdraagbaar is. De vergunning wordt immers slechts verleend aan de houder van een motorrijtuig die bewoner is van een zelfstandige woning, gelegen in het vergunninggebied. Maar daar valt tegenin te brengen dat er wel meer personen zijn die aan die eisen voldoen. De persoonsgebondenheid is dus slechts betrekkelijk. Zij gaat niet zover dat aan niemand de vergunning kan worden overgedragen.

Wanneer de vergunning wordt overgedragen, dient de tenaamstelling gewijzigd te worden. De bevoegdheid tot wijziging van de tenaamstelling wordt – mijns inziens terecht – aangemerkt als een bevoegdheid die geïmpliceerd is in de bevoegdheid om de vergunning te verlenen.⁹⁸ Zoals gezegd, is het van groot belang dat een vergunning niet wordt overgedragen aan een derde die niet voldoet aan de voorwaarden voor de vergunningverlening. Een gevaar van overdracht zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag is dat zulks toch kan gebeuren. Eén van de redenen waarom het goed zou zijn als er in het bestuursrecht een algemene wettelijke regeling zou komen voor de overdracht van vergunningen (of liever nog: voor de overdracht van beschikkingen), is dat daarvoor een voorziening zou kunnen worden getroffen.

Andere redenen waarom het mijns inziens goed zou zijn als terzake een algemene regeling in de Awb komt, zijn dat daardoor de vrij grote onduidelijkheden over de vraag wanneer de overdracht toelaatbaar is, kunnen worden aangepakt en dat voorts zou kunnen worden geregeld op welke wijze de overdracht zou moeten plaatsvinden. In het kabinetsstandpunt over de genoemde MDW-rapporten 'Verhandelbare rechten' heeft het toenmalige kabinet aangekondigd te laten bestuderen in hoeverre een algemene regeling in het publiekrecht zinvol is. Knijff bepleit een algemene regeling in de Awb. Dit pleidooi heeft steun gekregen van Scheltema.⁹⁹

98. Knijff, a.w., p. 150.

99. Knijff, a.w., p. 303 e.v. Zie voor de opvatting van M. Scheltema *Stcrt.* 2003, 255.

7.4 Fusies en overnames

Een vergunning kan ook op andere wijze overgaan dan door overdracht. In dit kader is van belang dat de persoon van de vergunninghouder – dikwijls een rechtspersoon – niet steeds ongewijzigd hoeft te blijven. Denkbaar is dat een vergunninghouder fuseert of wordt overgenomen. Daaraan kan onder meer hetzelfde bezwaar kleven als aan een overdracht waarvoor het bestuursorgaan geen toestemming heeft gegeven: aldus kunnen de oorspronkelijke verleningsvoorwaarden worden omzeild.

Artikel 20 Mijnbouwwet spreekt om deze reden van ‘overgang’, hetgeen andere vormen van overgang dan overdracht insluit. In de Telecommunicatiewet is bepaald dat de vergunning kan worden ingetrokken indien de instandhouding van de vergunning de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt in aanzienlijke mate zou beperken (art. 3.7, lid 2, onderdeel f). Op deze grond kan de vergunning ook worden gewijzigd (art. 3.7 lid 3). Ook de Wp 2000 kent hiervoor bepaalde waarborgen, die met name bestaan uit een vorm van sector-specifiek toezicht: de concessiehouder dient te beschikken over een verklaring van geen bezwaar. De verkrijging daarvan is afhankelijk van het aandeel van de vervoerder op de relevante markt (art. 51 e.v.). Het is echter de vraag of dit soort voorzieningen voldoende waarborg biedt tegen het genoemde probleem dat de oorspronkelijke verleningsvoorwaarden kunnen worden omzeild. H.J. de Ru, *Banken in telecom: verkeerd verbonden, Vergunningstelsel gevaar voor concurrentie?* *NJB* 1995, p. 197 e.v. heeft overigens al bijna tien jaar geleden op dit soort gevaren gewezen.

8. Slotbeschouwing

8.1 *Kwaliteits- en capaciteitsregulering*

In deze rede fungeerde het denkkader van het algemene bestuursrecht als sjabloon voor de analyse van schaarse vergunningen. Op basis van deze analyse kan nu worden teruggekeken naar het bestuursrecht. Met andere woorden: op grond van het bestuursrecht heb ik het een en ander gezegd over het verschijnsel schaarse vergunningen; nu zal ik – omgekeerd – op grond van deze analyse iets zeggen over het karakter van het bestuursrecht. Het is zinvol de figuur van de schaarse vergunning wat meer in perspectief te plaatsen, door haar kort te vergelijken met andere soorten vergunningen. Dat werpt een nader licht op de aard van de wetgeving waarop deze vergunningen zijn gebaseerd en daarmee op het bestuursrecht zelf.

Een vergunning moet altijd worden beschouwd in het licht van de wettelijke regels waarop zij is gebaseerd, en met name in het kader van het ge- of verbod waarop zij een uitzondering maakt. Aan het begin van deze rede heb ik even aangestipt dat de bouwvergunning geen schaarse vergunning is. Zij is althans niet schaars in de hier bedoelde zin. Nu de procedures aan de hand waarvan schaarse vergunningen kunnen worden verdeeld, meer in extenso zijn besproken, kan met iets meer diepgang aan de orde komen waarom de bouwvergunning dat niet is, terwijl deze vergunning wel degelijk van belang is voor de regulering van schaarste.

Wie een bouwvergunning aanvraagt, krijgt haar, mits aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Het bestuur is in dat geval verplicht de vergunning te verlenen¹⁰⁰, ook als het zou vinden dat er te veel wordt gebouwd of verbouwd. Er is immers geen vergunningenplafond ingesteld. De verdeling van schaarste grijpt echter aan op een hoger niveau, namelijk op dat van de regelstelling. Bij de totstandkoming van het bestemmingsplan is wel degelijk rekening gehouden met capaciteitsaspecten van de ruimtelijke ordening. Bij de toetsing van de bouwvergunning aan het bestemmingsplan werkt de verdeling van de schaarste aldus door.

Iets soortgelijks geldt bijvoorbeeld ook voor de milieuvergunning. Ook hier is geen maximumaantal vastgesteld. Wie aan de gestelde eisen voldoet, heeft recht op een vergunning, ongeacht of veel of weinig bedrijven (de Wet milieubeheer spreekt van 'inrichting') daaraan voldoen. Toch is ook hier sprake van de regulering van schaarste. Maar die regulering vindt niet plaats op het niveau van de vergunningverlening, maar op het niveau van het kader waaraan de vergunning wordt getoetst. Bij het formuleren van die eisen is, althans in

100. Men spreekt van een limitatief-imperatief stelsel, waarover: J. Struiksma, *Het systeem van het ruimtelijke ordeningsrecht*, Nijmegen 2000, p. 94 e.v.

abstracto, mede rekening gehouden met de omvang van de toelaatbare emissies, met name door het stellen van zogeheten milieukwaliteitseisen.¹⁰¹ Wanneer nieuwe technieken dat mogelijk maken, kunnen de milieueisen worden aangescherpt. De capaciteitsregulering grijpt dus ook hier niet aan op het niveau van de vergunningverlening, maar op het niveau van de regelstelling.

We kunnen aldus – in theorie – een onderscheid maken tussen kwaliteits- en capaciteitsregulering. De in deze rede besproken verdelingsprocedures hebben betrekking op capaciteitsregulering. Dat neemt, zoals hiervoor uitvoerig is betoogd, niet weg dat in een bepaalde fase, de selectiefase, in het bijzonder aan kwalitatieve voorwaarden wordt getoetst. Een vergunning is schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen, zo heb ik aan het begin van deze voordracht gezegd. Het verdelingsvraagstuk is voor bestuursorganen het meest prangend indien er meer aanvragers voldoen aan de kwalitatieve voorwaarden om voor een vergunning in aanmerking te komen, dan dat er vergunningen beschikbaar zijn. Immers, eerst na de fase van de selectie volgt de fase van de toekenning met behulp van de loting, veiling, enz. Echt zuivere vormen van capaciteitsregulering laten zich niet goed denken, omdat er altijd wel, al is het maar in een voorfase, enige kwalitatieve eisen worden gesteld.

Zuivere vormen van kwaliteitsregulering zijn daarentegen wel denkbaar. Bijvoorbeeld de vergunning tot het uitoefenen van het bedrijf van kredietinstelling (art. 6 Wet toezicht kredietwezen 1992) is een kwalitatieve vergunning. De vergunning wordt verleend indien de aanvrager aan een aantal wettelijk gestelde kwalitatieve vereisten voldoet. Die eisen hebben betrekking op uiteenlopende zaken, zoals het beschikken over een minimum bedrag aan eigen vermogen en de deskundigheid en betrouwbaarheid van personen die het dagelijks beleid van de onderneming bepalen, maar het zijn alle kwalitatieve vereisten.

Maar daarnaast zijn er ook evidente mengvormen van kwaliteits- en capaciteitsregulering. De bouwvergunning en de milieuvergunning zijn daarvan voorbeelden. Het zijn kwalitatieve vergunningen; de capaciteitsregulering – met andere woorden: de regulering van de schaarste – vindt plaats op het niveau van de regelstelling.

8.2 *Verdelende rechtvaardigheid*

Het voorafgaande geeft enig inzicht in de aard en het rechtvaardigheidskarakter van het bestuursrecht. Of de regulering van de schaarste nu aangrijpt op het niveau van de regelstelling of dat van de vergunningverlening, vanaf een wat hoger abstractieniveau bezien heeft bestuursrecht vrijwel altijd met verdelingsvraagstukken te maken.¹⁰² Het bestuursrecht biedt daarvoor de procedures. Die verdeling dient op een rechtvaardige manier te plaats te vinden.

101. Waarover L.A.J. Spaans, *Milieukwaliteitsnormstelling. Over de wijze van milieukwaliteitsnormstelling binnen de democratische rechtsstaat*, diss. VU 2002.

102. Niet altijd. Bestuursrechtelijke handhaving – in het bijzonder het punitieve deel daarvan – heeft betrekking op vergelding; maar dat is een andere kwestie, want dan zijn de bestuursrechtelijke normen overtreden.

Dit is opmerkelijk genoeg een notie die men in de algemene bestuursrechtelijke handboeken niet uitdrukkelijk vindt verwoord. Door de meer instrumentele invalshoek, komt het handboek van De Haan c.s. waarschijnlijk het dichtste bij, maar ook in dat boek moet men daarvoor wel goed tussen de regels door lezen (P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel I, 5e druk Deventer 2001, p. 3. e.v.). Waar deze auteurs het hebben over 'ordening' en 'verzorging' als overheidstaken en als onderwerp van bestuursrecht, wordt ten dele op hetzelfde verschijnsel gedoeld, maar de notie van rechtvaardigheid – waarop het recht is gericht: de rechtvaardige verdeling – ontbreekt.

Aan de hand van de bekende leer over rechtvaardigheid van Aristoteles kan – met Radbruch – worden gezegd dat het privaatrecht erop is gericht de correctieve rechtvaardigheid te realiseren, terwijl het bestuursrecht erop is gericht de verdelende rechtvaardigheid te bewerkstelligen.¹⁰³ 'Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts.'¹⁰⁴ De verdelende rechtvaardigheid heeft betrekking op de verdeling van de lusten en de lasten over de leden van de samenleving. De correctieve rechtvaardigheid (ook wel aangeduid als vergeldende rechtvaardigheid) heeft betrekking op de correcties die nodig zijn als de verdeling van de verdelende rechtvaardigheid wordt doorbroken. Ik wees eerder op de grote betekenis van de relatieve gelijkheid voor de verdeling van schaarse vergunningen. Radbruch verbindt het onderscheid tussen relatieve en absolute gelijkheid met het Aristotelische onderscheid in twee soorten rechtvaardigheid: 'Die *absolute* Gleichheit (...) heißt bei ihm *ausgleichende Gerechtigkeit*, die *verhältnismäßige* Gleichheit (...) ist dagegen das Wesen der *austeilenden Gerechtigkeit*.'¹⁰⁵

Het is hier niet de plaats om dieper op deze, bepaald niet eenvoudige, tweedeling in te gaan, maar ik acht het van belang haar te noemen, aangezien aan de hand daarvan kort en bondig kan worden gesteld dat bestuursrecht in de kern verdelingsrecht is; en daarover ging het in deze rede.

Zoals wel vaker met dit soort heel algemene beweringen het geval is, is het de vraag of zij helemaal opgaat. Behoort de bescherming tegen gemeenschappelijke gevaren ook niet tot het hart van het publiekrecht? 'De staat, dat zijn de dijken!', zo luidt een gevleugelde uitspraak uit het standaardwerk van Van der Pot-Donner (*Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 14e druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, Deventer 2001, p. 151). In de lijn van Radbruch moet hierop worden geantwoord, dat ook deze functie onder de werking van de verdelende rechtvaardigheid valt. Om de beeldspraak door te trekken: de vraag waar de dijken moeten lopen en wat de hoogte ervan moet zijn, is te funderen in de verdelende rechtvaardigheid.

103. Ook E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid*, diss. UvA 1979, p. 76 volgt Radbruch in dezen.

104. Radbruch, a.w., p. 122.

105. Radbruch, a.w., p. 121 (cursiveringen van Radbruch).

Ik heb soms de indruk dat door alle nadruk op vraagstukken van rechtsbescherming, hoe belangrijk ook, in het bestuursrecht de aandacht voor de aard van de materiële normen erbij in dreigt te schieten. Dat valt te betreuren. In het privaatrecht daarentegen vindt daarover wel discussie plaats. Die discussie zou de wetenschap van het bestuursrecht tot voorbeeld en bron van inspiratie kunnen strekken.

De correctieve rechtvaardigheid geldt nog steeds als hét terrein van het privaatrecht. In de traditionele visie houdt het privaatrecht zich niet (fundamenteel) met herverdeling bezig, zegt Hartlief. In die visie dient men voor het realiseren van (her)verdeling het publiekrecht te benutten. Door sommigen – met name Huls en Hesselink – wordt daarover anders gedacht. Men zie N.J.H. Huls, *Al het privaatrecht moet sociaal zijn!*, WPNR 2004, p. 101 e.v. en T. Hartlief, *Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht*, WPNR 2004, p. 106 e.v. Beiden reageren op een bundel dienaangaande: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003.

Waarover men niet kan theoretiseren moet men vertellen, zegt Umberto Eco.¹⁰⁶ Maar waarover men niet kan vertellen moet men verbeelden, zo zou ik daaraan willen toevoegen. Het onderscheid tussen de correctieve en verdelende rechtvaardigheid is door de eeuwen heen op veel plaatsen afgebeeld. Een heel fraaie afbeelding vindt men op het wereldberoemde fresco van Ambrogio Lorenzetti uit Siena, getiteld 'de Allegorie van de Goede Overheid'. Het is dan ook deze afbeelding die de omslag van deze rede siert.

Ambrogio Lorenzetti maakte de fresco's op de muren van de raadkamer (Sala dei Nove) van het nu bijna zevenhonderd jaar oude stadhuis (Palazzo Pubblico) van Siena. In kunsthistorisch commentaar wordt erop gewezen dat hij het technische Aristotelische onderscheid tussen de verdelende en de correctieve rechtvaardigheid overgesimplificeerd heeft weergegeven.¹⁰⁷ Dat maakt deze afbeelding des te meer geschikt als illustratie bij deze voordracht, nu hier niet meer dan uiterst rudimentair aan dit onderscheid aandacht is besteed.

De vraag naar de meest geschikte procedure om schaarse vergunningen te verdelen, is al met al uiteindelijk een vraag die wortelt in de verdelende rechtvaardigheid. Het is een vraag die zo gezien tot het wezen van het materiële bestuursrecht behoort, hoe gering de aandacht in de algemene bestuursrechtelijke literatuur daarvoor ook moge zijn.

8.3 *Schaarse vergunningen in de toekomst*

Onder het huidige economische gesternte zullen zich zonder enige twijfel weer nieuwe – naar mijn smaak: boeiende – verdelingsvraagstukken aandienen.

106. Umberto Eco, *De naam van de roos*.

107. R. Starn, *Ambrogio Lorenzetti. The Palazzo Pubblico, Siena*, New York: George Braziller 1994.

Voor sommige zal de regulering van de schaarste het best kunnen plaatsvinden op het niveau van de regelstelling, voor andere veeleer op het niveau van de vergunningverlening. Ook in de toekomst zullen schaarse vergunningen op allerlei terreinen aan de orde kunnen zijn, ook op terreinen die in het bestek van deze rede niet aan de orde konden komen.

Wat bijvoorbeeld te denken van de toekomst van de apotheker? De overheid wil al jaren meer marktwerking in de zorg. Er wordt nagedacht over het verder liberaliseren van de apotheekbranche. Hoe, en op welke gronden, zal het recht om geneesmiddelen te mogen verkopen straks worden verdeeld? Dat zal enorme consequenties hebben, niet alleen voor de prijzen van medicijnen, maar bijvoorbeeld ook voor de verhouding tussen de (klassieke) apotheker, drogisterijen en zorgverzekeraars. Zo iets kan heel goed met behulp van een stelsel van vergunningen. En wat te denken van de verdeling van schaarse vergunningen voor een windmolenpark voor de opwekking van elektriciteit op zee? Op welke wijze wordt bepaald wie een vergunning mag krijgen? En hoe moeten de vergunningen voor het houden van rondvaarten door de gemeente Amsterdam worden verdeeld? Zou dat ook met behulp van veiling kunnen? Nu we toch in de sfeer van het water zijn: wat te denken van de verdeling van de ligplaatsvergunningen voor woonboten? Over een alternatief voor het verdelen van parkeervergunningen heb ik het aan het begin van deze voordracht al gehad.

Niet ondenkbaar is dat in de toekomst, voor volgende planperiodes, de toewijzing van CO₂-emissierechten (tevens) gebeurt met behulp van een veiling. In de Tweede Kamer is gevraagd waarom de CO₂-rechten nu gratis worden toegewezen, terwijl bekend is dat zij op de markt nu al zo'n 13 euro per ton 'doen'; het gaat in totaal om 1,4 miljard euro.¹⁰⁸ Tamelijk onlangs is een motie ingediend waarin de regering wordt verzocht in de volgende periode het maximaal toelaatbare percentage aan emissierechten te veilen.¹⁰⁹ De betrokken bewindspersoon wil het veilen van een deel van de rechten achter de hand houden voor de tweede periode.¹¹⁰

8.4 Samenvatting en gevolgtrekkingen

Het wordt tijd om op grond van het voorafgaande enige gevolgtrekkingen te maken. Ik heb dit onderwerp voor deze inaugurele rede gekozen, omdat het, zoals gezegd, in het algemene bestuursrecht tot nu toe uiterst onderbelicht is gebleven. Primair oogmerk van deze rede was iets aan deze lacune te doen. Ik hoop dat deze rede ook heeft laten zien *waarom* het belangrijk is er ook in het algemeen deel van het bestuursrecht aandacht aan te besteden, onverschillig of de schaarse vergunning nu aan de orde komt in het recht van de fysieke

108. Kamerstukken II 2003/04, 29 422, nr. 5, p. 7 (verslag van expert-meeting over CO₂-handel). Men zie over de vraag in hoeverre deze rechten kunnen worden geveild ook: M. Peeters, Emissiehandel, reactie vanuit de wetenschap, in: F. van Brenk e.a., *Emissiehandel*, Vereniging voor milieurecht 2004-2, Den Haag 2004, p. 43, 44.

109. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 11.

110. Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 15, p. 20.

leefomgeving, het gezondheidsrecht of het onderwijsrecht, om maar weer een paar gebieden te noemen.

We hebben gezien dat er een vijftal belangrijke soorten verdelingsprocedures is te onderscheiden, te weten: de volgorde van ontvangst van de aanvraag (al dan niet met wachtlijst), de loting, de vergelijkende toets, de veiling en de aanbesteding. Ik heb in vogelvlucht daarvan de belangrijkste eigenschappen laten zien. Er is naar mijn idee nog veel te weinig onderzoek verricht naar de vraag wanneer de wetgever of het bestuur voor de ene of de andere verdelingsmethode zou moeten kiezen. De discretionaire ruimte van het bestuursorgaan, die overblijft nadat is vastgesteld dat de aanvragers aan de kwalitatieve voorwaarden voldoen, mag mijns inziens niet willekeurig worden ingevuld. De keuze zal op rationele en inzichtelijke wijze moeten worden gemaakt. Ik denk dat bestuursorganen, omdat zij het algemeen belang behartigen, voor de meest geschikte verdelingsprocedure behoren te kiezen. Wat de meest geschikte procedure is hangt in het bijzonder af van de beleidsdoelstellingen van de wettelijke regeling waarop de te verlenen vergunning is gebaseerd.

Minstens zo belangrijk als de onderlinge verschillen tussen de verdelingsprocedures zijn de overeenkomsten. Aan de orde kwam dat in al de verschillende procedures een gemeenschappelijk stramien van beslismomenten wordt doorlopen. Ik heb in deze rede laten zien dat er vijf van die gemeenschappelijke soorten bestuurshandelingen zijn aan te wijzen: het bestuursorgaan stelt steeds een vergunningenplafond vast, het maakt de (nadere) keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure, het stelt de reglementen vast, het beslist over de toelating tot de procedure en vervolgens over de toekenning, waarna het uiteindelijk de beslissing tot vergunningverlening neemt. Voor de uitbouw van een goed algemeen deel van het bestuursrecht is het nodig het rechtskarakter van die bestuurshandelingen te bepalen. Van groot belang voor de eenvoud en toegankelijkheid en de rechtszekerheid van het bestuursrecht is dat er geenodeloze verschillen in rechtskarakter zijn, in het bijzonder niet ten aanzien van de vatbaarheid voor bezwaar en beroep.

Eveneens is van belang om in te zien dat er op de verdeling van schaarse vergunningen een aantal gemeenschappelijk te rubriceren normen van toepassing is. In het bijzonder uit het aanbestedingsrecht valt lering te trekken. Hoewel de aanbestedingsprocedure thans nog maar een enkele keer van overeenkomstige toepassing is verklaard op de verdeling van vergunningen, zijn de rechtsbeginselen die achter het aanbestedingsrecht schuil gaan, ook van betekenis voor de normering van de verdeling van schaarse vergunningen in het algemeen. Met name valt op de sterke hang naar uitdrukkelijke objectiviteit, die wordt gewaarborgd door middel van nauwkeurig geregelde verdelingsprocedures, het grote gewicht van het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het doorzichtigheidsbeginsel en van het concurrentiebeginsel, voorzover het laatste althans van toepassing is.

Het is de taak van de wetenschapper te proberen in te schatten – hoe moeilijk dat ook is – hoe toekomstige ontwikkelingen eruit zullen zien. Wat de verdeling van schaarse vergunningen betreft, verwacht ik dat de toepasselijke normen – mede onder invloed van het EG-recht – steeds strenger zullen worden. Het ziet er naar uit dat de eisen die thans op grond van het aanbestedingsrecht aan velerlei overheidsopdrachten worden gesteld, meer en meer

ook zullen gaan gelden voor de verdeling van schaarse vergunningen. Ik denk daarbij in het bijzonder aan het beginsel van de doorzichtigheid en de (aan- toonbare) objectiviteit. Het is immers niet goed uit te leggen dat de aanbesteding van een omvangrijke overheidsopdracht voor goederen, diensten of werken wel aan de genoemde rechtsbeginselen moet voldoen, maar dat voor de verdeling van schaarse vergunningen deze normen veel minder ver strekken. Het kan welhaast niet anders dan dat het bestuursrecht op dit onderdeel langzaam maar zeker daarbij aansluiting zal zoeken. Het is mijn verwachting dat bestuursorganen in de toekomst meer dan nu duidelijk zullen moeten maken, waarom zij een vergunning aan een bepaalde aanvrager verlenen, ook wanneer meer aanvragen aan de verleningsvoorwaarden voldoen dan er vergunningen beschikbaar zijn.

Dit is een notie die in het algemene bestuursrecht naar mijn gevoel nog veel te weinig is doorgedrongen. Keek men nog niet zo heel lang geleden er niet raar van op als een lucratieve vergunning werd verleend aan een goede bekende van het openbaar bestuur, louter omdat de betrokkene aan de verleningsvoorwaarden voldeed en al jaren lang goede zaken met hem werden gedaan, voor het huidige tijdsgewricht acht ik een dergelijke praktijk niet meer aanvaardbaar. De opvatting dat een ieder die aan de verleningsvoorwaarden voldoet voor het recht gelijk is, is niet meer goed vol te houden. In die opvatting wordt namelijk de werking van de algemene bestuursrechtelijke normen te zeer veronachtzaamd, zo bleek in het voorafgaande.

In deze rede heb ik gewezen op het voortdurende proces van formalisering. Een proces dat zowel binnen als buiten het bestuursrecht waarneembaar is. In een samenleving waar het steeds moeilijker wordt om overeenstemming te bereiken over de materiële normen, behoeft het niet te verwonderen dat men vlucht in formele procedures.¹¹¹ Dit neemt overigens niet weg dat achter die procedures toch weer enkele (zeer abstracte) materiële normen schuil kunnen gaan, zoals ook ten aanzien van de procedures ter verdeling van schaarse vergunningen bleek. De toekomst zal een grotere mate van formalisering – preciezer, maar in minder fraai Nederlands gezegd: proceduralisering – laten zien en ook een grotere mate van doorzichtigheid van het besluitvormingsproces verlangen.

In meer algemene zin is vooral door Habermas gewezen op de formalisering van het recht. Men zie Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, derde Auflage 1993. Men zie recent, vanuit een andere invalshoek, P. Westerman, *Twee pleidooien voor formalisering*, oratie VU/RUG, Den Haag 2003.

111. Schueler heeft er vrij onlangs op gewezen dat ook voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming geldt dat het maatschappelijk draagvlak van de bestuursrechtspraak in hoge mate gebaseerd is op het vertrouwen van de burger in de *procedurele* rechtvaardigheid van de rechtspraak (en blijkbaar dus minder op de inhoud van de rechterlijke uitspraak). B. Schueler, *Het zand in de machine. Over de noodzaak tot beperking van de rechtsbescherming*, oratie UvA 2003, p. 11.

Kortom, doorzichtige en objectieve procedures hebben de toekomst. Men moet dit niet onderschatten. Het zal bestuursorganen niet steeds meevallen zulks te bewerkstelligen en het zal in veel gevallen ook een verandering vergen van de bestuurlijke praktijk, die – helaas – nog vaak zo is ingericht dat de ‘vensters’ gesloten zijn en blijven. Het zal betekenen dat de praktijk waarin de precieze verdelingscriteria eerst nauwkeurig worden vast- of bijgesteld nadat de aanvragen zijn ontvangen, niet meer door de beugel kan.

Er zijn meer ontwikkelingen die in deze richting wijzen, dan in deze rede aan de orde konden komen. Voor meer doorzichtigheid wordt ook vanuit bestuurlijke en bestuurskundige hoek gepleit. Met name de Commissie Toekomst Overheidscommunicatie (in de wandeling: Commissie Wallage) heeft voor de burger uitdrukkelijk ‘maximale transparantie’ bepleit. Vergelijkbare voorstellen zijn vrijwel gelijktijdig gedaan door de Commissie ICT en Overheid (Commissie Docters van Leeuwen).¹¹² Iets daarvan klinkt door in de kabinetsvisie ‘Andere Overheid’ (Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 1, p. 20 e.v. Het opnemen van een bepaling in de Awb die voorschrijft dat indien een bestuursorgaan een vaste gedragslijn volgt, deze in beginsel in een beleidsregel wordt neergelegd, zou, zoals gezegd, mijns inziens een goede – juridische – stap zijn voor de realisering van dit soort voorstellen.

Wanneer er ten slotte veel zaken – zowel bestuurshandelingen als rechtsnormen – in de verschillende bijzondere delen van het bestuursrecht van gemeenschappelijke aard zijn, dan rijst al vlug de vraag of zij zich niet lenen voor regeling in een algemene wet, de Algemene wet bestuursrecht. Laat ik maar onmiddellijk zeggen – ook om geen valse verwachtingen te wekken – dat we naar mijn idee voor schaarse vergunningen nog lang niet zo ver zijn. Er zal nog heel veel werk moeten worden verzet en er zullen op de verschillende deelgebieden – ook in de praktijk – nog wel wat meer ervaringen moeten worden opgedaan. Dat neemt niet weg dat ik – ook gezien mijn Haagse werkzaamheden – niet kan nalaten te benadrukken hoe belangrijk het is dat we zo iets hebben als de Awb, die zeer heeft bijgedragen aan de uniformiteit en de systematiek en daarmee aan de vereenvoudiging van het bestuursrecht. Houdt u het wat de schaarse vergunningen betreft voorlopig dus maar op de tiende tranche.

112. Men zie voor de kabinetsreactie op beide rapporten: Kamerstukken II 2001/02, 26 387, nr. 12.

9. Dankwoord

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

Ter afsluiting van deze rede wil ik al degenen die aan mijn benoeming hebben bijgedragen graag dank zeggen voor het in mij gestelde vertrouwen. In het bijzonder geldt mijn dank de Vereniging VU-Windesheim (tot voor kort: de Vereniging voor christelijk wetenschappelijk onderwijs) en het College van Bestuur van deze universiteit voor het instellen van deze leerstoel met de aan mij verleende – mooie – leeropdracht.

Waarde De Ru, beste Hendrik Jan,

Jij was voor mij een geweldige promotor. Jouw ongeremde enthousiasme voor iedere stap die ik destijds wilde zetten en de ongekenne ruimte die jij gaf om steeds weer vooruit te kijken en nieuwe paden in te slaan, hebben mij mede gebracht waar ik nu sta. Ik ben je daarvoor buitengewoon erkentelijk.

Waarde Van Buuren, beste Peter,

Na de VU brak mijn periode bij het Utrechtse Instituut voor Staats- en bestuursrecht aan. Ik bewaar daaraan buitengewoon goede herinneringen. Ik kon aldaar bij indiensttreding meteen de hoorcolleges van het prachtige vak 'Overheid en Privaatrecht' voor mijn rekening nemen. Dat is een ervaring waarvan ik nog steeds de vruchten pluk en die mede doorklinkt in mijn huidige werkzaamheden aan de VU.

Waarde Hirsch Ballin, beste Ernst,

Aan onze samenwerking aan de juridische faculteit in Tilburg bewaar ik bijzonder goede en warme herinneringen. Ik ben je dankbaar voor het vele dat ik van je heb geleerd en voor het vertrouwen dat je in me stelde.

Waarde Roes, beste Gerard ...

... en met jou de gehele Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie, in het bijzonder de sector Staats- en bestuursrecht. Het is met bijzonder veel plezier dat ik jou betrek in dit dankwoord, dat voor het overige hoofdzakelijk gericht is tot leden van de universitaire kring. De ruimte en waardering die ik ook van de kant van de directie krijg voor mijn wetenschappelijke werk, is iets wat ik bij mijn indiensttreding – nu bijna zes jaar geleden – niet had kunnen bevroeden. Ik ben een ieder daarvoor zeer dankbaar. Ik ervaar in mijn wetgevingswerk vrijwel iedere dag de voordelen van mijn wetenschappelijke achtergrond. En ook – omgekeerd – kleuren de praktijkervaringen mijn colleges en onderzoek. Het is een groot genoegen de wisselwerking tussen theorie en praktijk aldus gestalte te kunnen geven.

Waarde Zijlstra, beste Sjoerd ...

... en met jou de gehele vakgroep ('afdeling' moeten we eigenlijk zeggen) Staats- en bestuursrecht. Het is prachtig dat wij zo'n goed lopende en buitengewoon gezellige vakgroep hebben, waarin bijzonder veel gebeurt. Dat is niet in de laatste plaats jouw verdienste. Het is iedere vrijdag weer een feest om hier te zijn.

Waarde Keman, beste Hans,

Jij bent, als politicoloog, vrij recent de samenwerking met ons aangegaan in ons VU-ster programma 'Publiek domein en markten: relaties tussen overheden en burgers'. Het zal duidelijk zijn dat ik met het onderwerp van deze rede bewust bij dit programma heb aangesloten. Ik zie zeer uit naar onze verdere samenwerking.

Dames en heren studenten,

Jaarlijks verzorg ik voor u het vak 'Overheid en Privaatrecht' en heb ik het genoeg om een aantal van u bij uw afstudeerscriptie te mogen begeleiden. U leert dan wat van mij (als het goed is); maar ik krijg daarvoor ook heel veel terug. Ook dat is één van de bijzonder prettige kanten van de universitaire wereld.

Lieve papa, mama, Jos en Mark,

Ik vraag mij wel eens af of het toeval is dat Jos, Mark en ik alle drie op deze plaats ons proefschrift hebben verdedigd. Wat was dat bij ons thuis, dat wij alle drie deze weg zijn gegaan? Hoe het ook zij, het is prachtig om hier nu zo te mogen staan.

Lieve Gerdy, Loïk en Nina,

Wie mij een beetje kent, weet dat ik een publieke – openbare – rede eigenlijk niet de plaats vind voor uitingen die in privé-sfeer thuishoren. Voor mijn gevoel kunnen het publieke en het private beter gescheiden blijven.¹¹³ Maar als ik iets van jou heb geleerd, Gerdy, dan is het wel hoe goed het is om bij tijd en wijle van dit soort uitgangspunten af te wijken. Daarom zeg ik jullie graag, vanaf deze plaats, hoe gelukkig en dankbaar ik ben voor de intimiteit, de geborgenheid en onderlinge verbondenheid van ons leven.

Ik heb gezegd.

113. Zie voor een wetenschappelijke onderbouwing van deze opvatting de oratie van collega D. Pessers, *Big Mother. Over de personalisering van de publieke sfeer*, Den Haag 2003.

In het algemeen deel van het bestuursrecht ontbreekt het aan aandacht voor schaarse vergunningen. In deze inaugurele rede beoogt mr. F.J. van Ommeren in deze lacune te voorzien.

Hij bespreekt verschillende soorten procedures aan de hand waarvan schaarse vergunningen kunnen worden verdeeld, te weten: de volgorde van ontvangst van de aanvraag (al dan niet met wachtlijst), de loting, de vergelijkende toets, de veiling en de aanbesteding. Geconstateerd wordt dat al deze verschillende procedures een gemeenschappelijk stamien van beslismomenten kennen. Zo stelt het bestuursorgaan steeds een vergunningenplafond vast, maakt het de (nadere) keuze voor een bepaalde verdelingsprocedure, stelt het de reglementen vast, beslist het over de toelating tot de procedure en vervolgens over de toekenning, waarna het uiteindelijk de beslissing tot vergunningverlening neemt. Deze gemeenschappelijke beslismomenten hebben steeds hetzelfde rechtskarakter, ongeacht het soort verdelingsprocedure waarin zij voorkomen.

Bezien wordt wat de betekenis is van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor deze verdelingsprocedures en hoe deze beginselen zich verhouden tot de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Van Ommeren verwacht dat bestuursorganen in de toekomst meer dan nu duidelijk zullen moeten maken, waarom zij een vergunning aan een bepaalde aanvrager verlenen, ook wanneer meer aanvragen aan de verleningsvoorwaarden voldoen dan er vergunningen beschikbaar zijn. De rede is rijk gelardeerd met voorbeelden.

ISBN 90-13-02042-9
NUR 823-302



9 789013 020427